

**L'application pratique  
de la Loi du 18 Février 1938  
SUR  
la Capacité de la Femme mariée**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

**CHARLES VACHENQ**

---

**IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE**

**E. FOURCINE**

**5, Rue Émerie-David**

**AIX-EN-PROVENCE**

**1941**







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

**L'application pratique de la Loi du 18 Février 1938  
sur la Capacité de la Femme mariée**

*L'Université et la Faculté n'entendent  
donner ni approbation, ni improbation  
aux opinions émises dans les thèses; ces  
opinions doivent être considérées comme  
propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE

---

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

---

PERSONNEL

MM.

- RAYNAUD, \*, § I., Doyen, Professeur d'Economie Politique.  
DUMAS, § I., Assesseur, Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.  
BRY, \*, § I., §, Professeur de Droit Romain.  
LEBRET, § I., §, Professeur de Droit Criminel.  
AUDINET A., \* § I., §, Professeur de Droit Civil.  
JAUFFRET, § A., Professeur de Droit Commercial.  
DURAND, § A., Professeur de Droit Administratif.  
TROTABAS, § I., §, Professeur de Droit Constitutionnel.  
P. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, § I., Professeur de Droit International Public.  
KAYSER, Professeur de Droit Civil.  
MACQUERON, Professeur sans chaire.  
STÉFANI, Professeur de la Faculté de Droit de Strasbourg, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.  
HENRY, Professeur de la Faculté de Droit de Nancy, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.

CABRILLAC, Agrégé.

MARCY, Agrégé.

BERTRAND, Chargé de Cours.

PROFESSEURS HONORAIRES

MM.

- AULAGNON, \*, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.  
LABORDE-LACOSTE, \*, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.  
PERROUD, \*, § I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.  
RIPERT, \*, § I., Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

M. DELAPORTE, § I., Secrétaire.

---



Université d'Aix-Marseille - Faculté de Droit d'Aix

---

**L'application pratique  
de la Loi du 18 Février 1938  
sur  
la Capacité de la Femme mariée**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

**CHARLES VACHENQ**

---

IMPRIMERIE UNIVERSITAIRE

E. FOURCINE

5, Rue Émeric-David

AIX-EN-PROVENCE

1941



## INTRODUCTION

---

La loi « portant modification des textes du Code civil relatif à la capacité de la femme mariée » a été promulguée le 18 février 1938. Comme elle est entrée en application dès sa promulgation, nos tribunaux de première instance ont déjà eu à connaître des litiges ayant pour objet les principes nouveaux. Nos plus grands juristes et praticiens se sont déjà penchés sur son texte.

En partant des travaux préparatoires de cette loi, en profitant des commentaires parus et surtout des décisions jurisprudentielles intervenues, nous aurons pour but dans cette thèse d'examiner sous l'angle pratique toutes les incidences que la loi a soulevées et soulèvera dans son application et qui ont fait l'objet de controverses assez vives parmi les auteurs et devant les tribunaux. Nous n'avons pu étudier toutes les répercussions de la loi nouvelle, notamment en ce qui concerne le droit des sociétés, question qui devrait faire l'objet d'une étude spéciale. Tel sera l'objet de notre étude, où la jurisprudence postérieure à la loi de 1938 aura une grande place.

Avant d'entrer dans le détail de la réforme, il nous a paru nécessaire de faire dans un chapitre préliminaire un exposé des travaux préparatoires et de la méthode de la loi nouvelle. Il avait été question, en effet, de refondre le

titre V du livre III du Code civil sur les régimes matrimoniaux, en même temps que de rendre à la femme mariée sa capacité civile. Cette refonte devra faire l'objet d'une autre loi. Cette méthode employée par le législateur de 1938 a entraîné certaines conséquences pratiques regrettables, mais qui fort heureusement ne seront que provisoires, puisque sous peu, nous l'espérons, la réforme des régimes matrimoniaux verra le jour.

Une première partie sera consacrée à l'étude du statut personnel de l'épouse française et une deuxième à celle de son statut patrimonial.

---

## CHAPITRE PRELIMINAIRE

### **Histoire législative, Méthode et Application de la Loi du 18 Février 1938**

#### SECTION I. — LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

##### § 1. — *La Commission extra parlementaire du Ministère de la Justice*

En décembre 1925, une délégation féminine se rendait à la Chancellerie sous la conduite de M. Jean Montigny, député de la Sarthe, pour entretenir le Ministre de la Justice, M. Chautemps, de la nécessité de proposer au Parlement la réforme de la condition civile de la femme mariée. M. Chautemps décida alors de créer une Commission extra-parlementaire, qui aurait pour mission de rédiger un avant-projet de loi, mais ce n'est que son successeur à la Chancellerie, M. Renoult, qui nomma les membres de cette Commission.

Un arrêté du Garde des sceaux, en date du 14 décembre 1925, nommait les membres de cette Commission, qui comprenait notamment : MM. Paul Matter, alors avocat général près la Cour de cassation ; J. Montigny, député, avocat à la Cour d'appel de Paris ; Levy-Ullmann, Ripert et Julliot de la Morandière ; les magistrats Fleys, Donat-Guigue et Frémicourt, successivement directeur des affaires civiles et du sceau, et enfin plusieurs avocats, dont

M<sup>e</sup> Suzanne Grinberg. La présidence de cette Commission était confiée à M. Paul Matter.

Dès les premières séances, tous les membres se trouvèrent d'accord sur le principe de la suppression de l'incapacité de la femme mariée et sur la nécessité de donner à celle-ci la pleine capacité. Il fallait réformer toute la législation sur les régimes matrimoniaux. Une sous-Commission, composée de MM. Matter, Capitant, Ripert, Julliot de la Morandière, M<sup>es</sup> Suzanne Grinberg et Odette Simon, avait pour but d'étudier et de préparer les textes.

La Commission tout entière, réunie en séance plénière, discutait et adoptait les textes préparés par la sous-Commission. Un avant-projet, rédigé presque entièrement par le professeur Julliot de la Morandière, comportait deux parties ; la première, la suppression de l'incapacité de la femme mariée, ne souleva aucune discussion. Il n'en fut pas de même de la deuxième : la réforme des régimes matrimoniaux, notamment en ce qui concerne le choix du régime légal, régime de communauté dans lequel les pouvoirs du mari seraient atténués ou régime de séparation.

La Commission, en présence des diverses suggestions émises par la sous-Commission, adopta un nouveau projet rédigé par le professeur Ripert, qui instituait, comme régime légal, le régime dit de la participation aux acquêts, synthèse des avantages des régimes de communauté et de séparation.

Les conclusions des travaux de cette Commission, qui avaient duré plus de deux ans, étaient remises à la Chancellerie le 20 mai 1928 ; elles proposaient au Gouvernement la suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée, objet de la première partie de son rapport, et la refonte du titre V du livre III du Code civil, objet de la seconde.

§ 2. — *Le projet du 23 juin 1932*

C'est le 23 juin 1932 que M. Renoult, devenu Garde des sceaux, décida de poser sur le bureau du Sénat, le projet de la Commission extra-parlementaire du Ministère de la Justice, devenu le projet de loi portant modification des textes du Code civil, relatif à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux (1).

Dans l'exposé des motifs, le représentant du Gouvernement, suivant de très près les travaux de la Commission, après avoir insisté sur les motifs de la réforme présentée : correction de la fausse interprétation des textes romains sur l'incapacité, évolution de nos mœurs traduite par une évolution législative se heurtant au principe général de l'incapacité, et enfin, évolution législative de tous les autres pays tendant vers l'indépendance de la femme, montrait toute l'ampleur de la réforme qui était soumise au Sénat en indiquant que le texte qui allait lui être soumis visait un double but : la suppression de l'incapacité civile de la femme mariée et une profonde modification des règles des régimes matrimoniaux.

Le projet de 1932 tendait à mettre fin à la puissance maritale et à rendre à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile. La femme n'était plus sous la dépendance de son mari en ce qui concerne le gouvernement de sa personne, mais, si la puissance maritale disparaissait, l'union des époux demeurerait et la prépondérance devait appartenir au mari dans certains cas. Le mari, par exemple, aurait le choix de la résidence et conserverait l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants. Le projet contenait une disposition que la loi de 1938 n'a pas reproduite : l'art. 216, aux termes duquel le mari, dans l'intérêt

---

(1) *J. O. Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594.*

du ménage et de la femme elle-même, avait la possibilité de demander au tribunal de restreindre la capacité accordée à la femme.

Dans cet exposé des motifs, le rédacteur affirmait que la première partie de la réforme, l'incapacité civile de la femme mariée, était admise par tous dans son principe et ses modalités et ne consacrait que deux pages à sa justification. Par contre, il étudiait minutieusement, avec tous les apaisements juridiques qu'il jugeait nécessaires, la deuxième partie, la réforme des régimes matrimoniaux, proposée par la Commission de la Chancellerie pour assurer à la femme l'exercice pratique de la capacité qu'on venait de lui accorder.

En effet, lit-on dans l'exposé des motifs, « ce serait faire œuvre vaine que de proclamer le principe de la capacité civile de la femme mariée tout en conservant en même temps le régime légal de la communauté de meubles et acquêts ». On ne saurait se contenter de supprimer la puissance maritale sur la personne de la femme, en la conservant intacte sur les biens du ménage. L'œuvre doit être complétée par une révision des textes relatifs aux régimes matrimoniaux.

Le projet de 1932 adoptait, comme régime légal, le régime de la participation aux acquêts, compromis entre les régimes de communauté et de séparation. Il conservait aussi les régimes traditionnels de notre pays, mais en les adaptant au nouveau principe de la capacité de la femme mariée.

Le régime de communauté devenait un régime conventionnel, mais le projet adoptait les modifications proposées quand on voulait le conserver comme régime légal, c'est-à-dire limitait les pouvoirs de disposition et d'administration du mari (art. 1422). Signalons que l'art. 1419 du

projet était la consécration légale de la théorie du mandat domestique de la femme mariée.

En ce qui concerne la séparation de biens, l'abrogation de l'art. 1538 était la réforme la plus importante du projet ; désormais la femme séparée de biens pourrait aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari ou l'autorisation de justice.

Le projet de 1932 accordait à la femme dotale, dans l'art. 1576, la libre disposition de ses biens paraphernaux. Rien n'était changé aux droits du mari sur les biens dotaux, ni au principe de l'inaliénabilité.

Le projet de 1932 abrogeait la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, dont les dispositions n'avaient plus d'utilité sous le nouveau régime légal de la participation aux acquêts. Sous les autres régimes, les droits de la femme sur les gains et salaires étaient insérés dans la nouvelle réglementation du Code (art. 1428, 1531, 1542) et de plus, l'art. 214 nouveau généralisait le droit de saisie-arrêt sur les salaires de l'époux qui ne subvenait pas aux besoins de son conjoint. Il laissait subsister l'hypothèque légale.

Telles sont les grandes lignes de ce projet de 1932, dont le premier commentateur, le professeur Capitant (2), approuvait sans réserve toutes les dispositions et qui souleva un intérêt considérable par son ampleur et son importance.

---

(2) D. H. 1932, chr. p. 17.

### § 3. — *La discussion du projet devant le Sénat*

A) Le projet de 1932 devant la Commission de législation du Sénat et le rapport de M. Renoult du 24 juin 1933 :

La Commission de législation du Sénat trouva que le projet de 1932 touchait à un trop grand nombre d'articles du Code et que la discussion de ce projet dans son ensemble allait prolonger l'élaboration de la première partie, qui était l'essentiel de la réforme, voire même faire échouer le vote de cette première partie, dont le principe pourtant était admis par tous. M. Renoult, devenu depuis simple sénateur et rapporteur du projet, proposa à la Commission de scinder le projet de 1932 en deux et la Commission décida alors de ne rapporter que la première partie et de réserver la seconde pour plus tard.

Le 24 juin 1933, M. Renoult déposait, au nom de la Commission, un rapport résumant ses travaux, qui reprenait en grande partie les arguments contenus dans l'exposé des motifs du projet de 1932. Ce texte de loi, présenté par la Commission, reprenait toutes les dispositions de la première partie du projet de 1932 et ajournait la réforme des régimes matrimoniaux (3).

B) Les discussions devant le Sénat :

La première séance consacrée à l'examen du texte de la Commission eut lieu le 3 décembre 1936 (4).

La Commission proposait un projet de loi qui ne présentait qu'une seule différence avec celui du 24 juin 1933. Alors que ce dernier abrogeait la loi de 1907 dans son ensemble, la rédaction de 1936 n'abrogeait que l'art. 1<sup>er</sup>, al. 5, les art. 2, 6, 7, 8, 9 et 10 de la loi de 1907.

---

(3) *J. O. Doc. parl. Sénat* 1933, annexe n° 404.

(4) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1549.

Après un exposé très complet de M. Renoult, dans lequel il reprenait les idées précédemment développées, le Sénat décida, à la demande de M. Fourcade, d'accord avec la Commission et le Gouvernement, de n'étudier le projet qu'en première lecture.

Le ministre d'Etat M. Violette, au nom du Gouvernement, approuva la suppression de l'autorité maritale dans l'art. 213 nouveau, critiqua la disposition finale de l'art. 215 nouveau qui apportait certaines limitations à la capacité de la femme par le maintien de l'art. 4 du Code de commerce et des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux. Car il se pouvait, disait-il, que la jurisprudence l'interprêtât comme une intention du législateur de reprendre in fine ce qu'il a donné au début de l'article.

La suite de la discussion fut renvoyée au 8 décembre suivant (5).

Cette séance fut marquée par un remarquable discours de M. Pernod, ancien Garde des sceaux ; après s'être déclaré partisan du principe de la nouvelle loi, il insista sur les retouches qui, à son avis, devaient être apportées au projet de la Commission.

Pour mieux protéger l'intérêt de la famille qui a besoin d'une autorité, d'un pouvoir de décision, il demandait l'insertion, en tête de l'art. 213, de la formule « le mari est le chef de la famille ».

En ce qui concerne l'exercice d'une profession par la femme mariée, il critiquait les dispositions de l'art. 216 qui mettait sur le même plan, l'exercice d'une profession et la conclusion d'un acte juridique quelconque et proposait, au lieu de la procédure envisagée par la Commission

---

(5) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1569.

dans l'art. 216, un droit de veto du mari qui serait apprécié par le juge et qui, pour la femme abandonnée par son mari, présenterait un grand avantage, celle-ci n'ayant aucune autorisation à demander.

M. Pernod insistait aussi sur les difficultés d'application de l'art. 216 qui « mettait la femme dans l'impossibilité de traiter avec les tiers, sous prétexte d'augmenter sa capacité », car l'éventualité de restrictions judiciaires éloignerait les tiers qui voudraient traiter avec la femme. En conséquence, il demandait au Sénat d'examiner à nouveau ce texte trop imprécis qui desservirait en pratique les intérêts de la femme. Il était approuvé sur ce point par M. Lefas.

Puis, le Sénat passait à l'examen du projet article par article. Dans la rédaction de l'art. 213 il adoptait l'amendement Pernod « le mari est le chef de famille ». Dans l'examen de l'art. 214, M. Fourcade proposait une rédaction plus simple, quoique plus complète, en reprenant les termes de l'art. 7 de la loi de 1907.

En vue de la rédaction de l'art. 215, M. Fourcade proposait au Sénat la rédaction suivante : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que des limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté. » Cet amendement était voté par le Sénat après l'adhésion au nom de la Commission de M. Renoult, qui signalait que la restriction de l'art. 4 du Code de commerce rentrerait dans les dispositions légales.

L'examen de l'art. 216 retint plus longtemps les membres de la Haute-Assemblée. M. G. Pernod déposa un amendement qui instituait pour le mari un droit de veto à l'exercice d'une profession par sa femme, avec recours au tribunal sur la demande de cette dernière. Pour défen-

dre son amendement, M. Pernod montrait tous les avantages du système du veto qui, apprécié par le tribunal dans l'intérêt du ménage, serait une réforme très avantageuse pour la femme abandonnée. M. Fourcade se ralliait à cette thèse et le Sénat adoptait son amendement.

Enfin l'art. 2 du projet était l'objet de divers amendements de MM. Pernod et Fourcade sur les articles à abroger ou à maintenir, notamment l'art. 311 C. civ., et le projet, qui avait subi le feu de plusieurs amendements, était renvoyé à la Commission pour un nouvel examen.

M. Renoult (6) déposait alors un rapport supplémentaire le 18 février 1937 ; il insistait dans ce rapport sur les deux prérogatives expresses accordées au mari : le droit de fixer la résidence du ménage en sa qualité de chef de famille et le droit de s'opposer au choix par la femme d'une profession séparée, avec possibilité pour elle de faire apprécier par le tribunal l'opportunité de ces décisions maritales.

La Commission procédait alors à une nouvelle rédaction des articles du projet, en tenant compte des amendements adoptés par le Sénat.

La deuxième lecture eut lieu devant le Sénat le 19 mars 1937 (7). M. Renoult résuma les modifications apportées par la Commission. Il s'expliqua d'abord sur l'expression « le mari, chef de famille », présentant que ce texte serait certainement attaqué par plusieurs membres de la Haute Assemblée, ainsi qu'en témoignait le dépôt de l'amendement Bachelet, tendant à la suppression de cette expression dans le nouvel art. 213 ; le rapporteur essayait de définir la portée de la formule « chef de famille », en

---

(6) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, annexe n° 78.

(7) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 347 et 355.

disant qu'elle ne rétablissait pas l'ancien devoir d'obéissance et qu'elle ne constituait pour le mari aucun droit positif et catégorique. Après avoir insisté sur ce recours à la justice, prévu par l'art. 213 dans son dernier alinéa, étudiant le nouvel art. 216 issu de l'amendement Pernod, le rapporteur affirmait qu'il ne pouvait s'agir ici que d'une opposition à une profession nouvellement prise par la femme mariée, que l'opposition du mari instituée par l'art. 216 ne serait pas valable si la femme exerçait cette profession avant son mariage ou si elle l'exerçait depuis avec le consentement tacite de son mari. » Il expliquait également que le mari a le droit de faire opposition, mais que la femme pouvait déférer ce veto au tribunal. Par la suppression des premières dispositions de l'art. 216, le mari n'aurait plus à sa disposition la possibilité de demander en justice la restriction de la capacité de sa femme.

Le rapporteur revenait ensuite sur la méthode adoptée par la Commission de législation ; en réservant la réforme des régimes matrimoniaux et en se basant sur les législations étrangères, il prétendait que ces questions se placent sur des plans sans interdépendance absolue. En une formule saisissante, il synthétisait la réforme en disant que « la femme sera libre de contracter sans autorisation matrimoniale, mais que son engagement dépendra comme étendue du régime matrimonial qu'elle a adopté. »

Ensuite, la Haute-Assemblée examinait chaque article du projet.

Dans l'examen de l'art. 213, M. Bachelet déposait un amendement ainsi conçu : « Les époux sont solidaires quant aux responsabilités et aux devoirs du ménage. Le mari détermine le domicile conjugal, en tenant compte des obligations qui lui sont propres, conciliées avec les convenances respectives des deux époux. La femme est

obligée d'habiter avec son mari ; celui-ci est tenu de la recevoir. »

M. Bachelet, pour défendre son amendement, soulignait qu'il avait pour but la suppression de la formule « chef de famille » qui impliquait, à son avis, une idée de subordination, d'obéissance, bien que la formule soit moins choquante que celle de l'ancien art. 213 C. civ.

Au nom du Gouvernement, M. Violette ne cachait pas sa sympathie pour l'amendement Bachelet, qui était combattu par MM. Renoult et Pernod, invoquant la tradition française fervente d'une certaine direction morale du mari dans le ménage, notamment en cas de désaccord ; le Sénat rejetait finalement l'amendement Bachelet.

M. Lefas proposait ensuite d'ajouter à l'art. 213 tel qu'il venait d'être adopté, un alinéa 3 ainsi conçu : « La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps, lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle pendant la durée de sa peine. » Le Sénat adoptait cet amendement.

L'art. 214 est rapidement adopté ; c'est le texte de la Commission qui est adopté avec un complément : « sauf dans les cas prévus aux art. 1537 et 1573, où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles » ; l'art. 215 l'est aussi sans discussion.

Pour la rédaction de l'art. 216, MM. Leblanc et Gautherot déposaient un amendement ainsi conçu : « La femme ne peut exercer sans le consentement de son mari une profession séparée. » M. Leblanc appuyait son argumentation sur l'inégalité choquante qui existe entre deux situations identiques, celle de la femme commerçante et celle de la femme exerçant une profession quelconque ; il

préfère un système d'autorisation expresse ou tacite qui « préviendrait le mal ».

Combattu par MM. Violette et Pernod, l'amendement Leblanc et Gautherot était rejeté par le Sénat.

M. Milliès-Lacroix proposait alors de supprimer les mots « dans l'intérêt du ménage et de la famille », à la suite du membre de phrase « si l'opposition du mari n'est pas justifiée ». M. Milliès-Lacroix prétendait qu'ainsi le mari pourrait exposer toutes les raisons qu'il avait de s'opposer à l'exercice de la profession de sa femme. Dans l'amendement Milliès-Lacroix, c'était le mari qui aurait l'initiative de l'action devant le tribunal et la femme le bénéfice de l'assistance judiciaire de plein droit, comme dans l'art. 213.

Une discussion s'engageait entre MM. Renoult, Violette, Fourcade et Milliès-Lacroix sur la portée des deux textes proposés, mais finalement le Sénat rejetait l'amendement Milliès-Lacroix. M. Lefas proposait alors la rédaction suivante de l'art. 216 : « Le mari peut, sauf dans les cas prévus par le 3<sup>e</sup> alinéa de l'art. 213, s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée, car, dans ce cas, l'opposition du mari ne serait pas valable » ; ce qui était adopté.

Il proposait enfin un nouvel amendement comme dernier alinéa de l'art. 213 : « L'opposition valable du mari est une cause de résiliation des engagements professionnels contractés par la femme. »

Le Sénat adoptait cet amendement en remplaçant, à la demande de M. Pernod, le mot « résiliation » par le mot « nullité ». Un amendement Milliès-Lacroix, ayant pour but d'accorder à la femme l'assistance judiciaire de plein droit en vue de l'action en justice prévue par l'art. 216, fut également admis.

L'art. 236 proposé par la Commission était ensuite adopté, ainsi qu'un amendement Pernod, mettant en harmonie l'art. 238 sur la procédure du divorce avec les principes nouveaux et avec l'art. 236 ; l'art. 1<sup>er</sup> était adopté, ainsi que l'art. 2 et l'ensemble du projet ; la séance se terminait par un discours de M. Pernod.

Pour lui, cette loi n'aurait que peu d'utilité, tant que les régimes matrimoniaux ne seraient pas réformés. Il n'y a plus, disait-il, d'incapacité de la femme mariée, mais il restera toujours les incapacités résultant du contrat de mariage ou du régime légal. Il soulignait toutes les graves difficultés que la loi présenterait dans son application pratique, notamment l'amendement Lefas sur la nullité des actes passés éventuellement par la femme. Quelle serait par exemple la durée de cette action en nullité ? Probablement la prescription trentenaire, désavantageuse pour la femme. Il concluait en invitant le Sénat à délibérer rapidement sur la deuxième partie du projet de 1932, prévoyant la réforme des régimes matrimoniaux.

Le projet du Sénat était transmis à la Chambre des Députés le 29 avril 1937, qui le renvoyait aussitôt à sa Commission de législation.

#### § IV. — *La discussion du projet devant la Chambre des Députés — La promulgation de la loi nouvelle*

La Commission de législation de la Chambre n'apporta aucune modification au projet voté par le Sénat pour ne pas retarder son vote définitif.

En conséquence, M. Delattre déposait son rapport sur le bureau de la Chambre le 23 décembre 1937 et concluait à l'adoption pure et simple du texte voté par le Sénat (8).

---

(8) *J. O. Doc. parl. Chambre 1937, annexe n° 3331.*

Ce rapport très complet apprécie à sa juste valeur le texte du Sénat, tout en le critiquant sur certains points.

M. Delattre terminait son rapport en signalant l'imperfection du projet qui peut faire surgir de nombreuses difficultés, tant que les régimes matrimoniaux ne seront pas modifiés. Il demandait néanmoins le vote par la Chambre de cette œuvre améliorée, mais encore imparfaite. Le projet fut mis à l'ordre du jour, sous réserve qu'il n'y aurait aucun débat le 29 avril 1937. Il fut adopté sans discussion par la Chambre le 10 février 1938. Ce texte fut promulgué le 18 février 1938.

#### § V. — *Les décrets et circulaires postérieurs*

L'histoire parlementaire de la nouvelle loi a été complétée par trois documents ayant trait à son application.

Un décret du 8 mai 1938 (9) a rendu la loi du 18 février 1938 applicable à toutes nos colonies, sauf aux Antilles, à La Réunion, à tous nos pays de protectorat et pays sous mandat relevant du Ministère des Colonies.

Une circulaire du Garde des sceaux, en date du 19 février 1938 (10), adressée aux Préfets, leur donne les instructions en ce qui concerne les répercussions de la loi nouvelle sur la nationalité de la femme mariée. Nous reviendrons sur le contenu de cette circulaire.

Enfin, une circulaire du Garde des sceaux, en date du 21 février 1938 (11), adressée aux Procureurs généraux, rappelle que les officiers de l'état civil doivent désormais lors de la célébration des mariages, lire les nouveaux art. 212, 213 et 213 du C. civ. La lecture de ces articles, qui avait peut-être pour but de rappeler aux époux leurs

---

(9) *J. O.* 13 mai 1938.

(10) *J. O.* 21 février 1938.

(11) *J. O.* 22 février 1938.

devoirs réciproques, n'avait pas beaucoup d'inconvénients. Il n'en est plus de même aujourd'hui, car les art. 213 et 214 sont longs et leur lecture risque de prolonger la cérémonie du mariage ; de plus, il est déplacé de parler à de nouveaux époux de saisie-arrêt sur les salaires de celui qui ne subvient pas aux besoins de son conjoint et d'un recours au tribunal, en cas de désaccord sur le choix de la résidence du ménage. Autre question : l'officier d'état civil doit-il procéder à la lecture des art. 1537 et 1575 ? On affirme que le maire d'une commune rurale l'a fait (12). Cette lecture n'est pourtant pas nécessaire ; on pourrait la supprimer sans inconvénient. Rappelons que M. Chassaing a déposé sur le bureau du Sénat le 8 décembre 1936, un amendement proposant de réduire cette lecture à l'art. 212, à l'art. 213 et à l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 214. Cet amendement n'a pas été soutenu mais un projet de loi déposé par le Gouvernement, le 29 mars 1938, sur le bureau de la Chambre reprend l'amendement Chassaing en réduisant cette lecture aux art. 212, 213 al. 1 et 214 al. 1 et 2 C. civ. (13). Le vote souhaitable de ce projet corrigerait ce qu'il y a de déplacé dans la lecture des nouveaux textes du code.

#### § VI. — *Les travaux de la Société d'études législatives*

Ces travaux peuvent être considérés comme annexe des véritables travaux préparatoires de la loi nouvelle, car on peut considérer cette Société comme une juridiction quasi officielle, qui rend d'utiles services au législateur.

Une Commission avait été constituée après le dépôt du projet Renoult pour en étudier les dispositions.

---

(12) Aynès. Thèse 1939, p. 9.

(13) Ancel. Traité de la capacité civile de la femme mariée, p. 165. *J. O. Déb. parl. Chambre* 1938, annexe n° 3897.

Parallèlement aux travaux sénatoriaux, cette Commission, sous la présidence du professeur Capitant et après des discussions d'une haute teneur juridique, illustrée par les exposés des professeurs Ripert et Rouast et les observations des professeurs Demogue, Julliot de la Morandière, Levy-Ullmann, rédigea un texte, rapporté par le professeur Rouast (14).

Cette Commission avait adopté le point de vue de la Commission de législation du Sénat de n'examiner que la première partie du projet de 1932 et, entre autres vœux, elle avait émis celui de voir affirmer la qualité de chef de famille au mari et un droit de contrôle de celui-ci sur le choix d'une profession par la femme.

Le Sénat devait adopter ces suggestions. Au cours de ces discussions, la Société d'études législatives avait préparé une nouvelle réglementation de l'hypothèque légale ayant pour but de mieux protéger la femme tout en gênant moins le commerce juridique, mais, le législateur de 1938 ayant décidé de ne pas aborder la réforme des régimes matrimoniaux, cette proposition ne fut qu'un vœu qui pourra être certainement utile dans l'avenir.

Telle est l'histoire parlementaire et extra-parlementaire de la loi du 18 février 1938.

## SECTION II. — TECHNIQUE DE LA LOI DU 18 FÉVRIER 1938 .

### SON APPLICATION DANS L'ESPACE ET DANS LE TEMPS

#### § I. — *La méthode suivie par le législateur de 1938*

Dans cette section consacrée à la méthode suivie par le législateur de 1938, nous distinguerons deux méthodes : l'une envisagée au point de vue de la technique législative,

---

(14) Bulletin de la Société d'études législatives, 1934-1935.

l'autre au point de vue juridique. Cette distinction, utilisée par M. Ancel, nous permettra de mieux définir le sens et la portée de la réforme de 1938 (15).

*A) La méthode au point de vue de la technique législative.*

Le professeur Capitant (16), après avoir étudié le projet de 1932, faisait remarquer que les rédacteurs de ce projet avaient intégré les principes nouveaux dans le texte même du Code civil, en reprenant, modifiant ou abrogeant tous les articles qui ne cadraient plus avec eux. Il souhaitait aussi que la révision du Code civil soit proche, car, comme beaucoup d'autres, il aurait préféré une refonte générale de notre Code. Un tel procédé évidemment ne recueillerait que des avantages, puisqu'il permettrait de reconstruire d'une façon parfaitement homogène l'œuvre de 1804, mais c'est là une réforme très importante. D'ailleurs, si l'on avait adopté ce procédé, la réforme de la capacité de la femme mariée n'aurait pu être encore envisagée.

Le législateur français avait à choisir entre deux autres procédés ; le premier est un procédé rapide mais trop incertain ; il consiste à proclamer l'existence des règles nouvelles dans une loi spéciale, une formule très simple, dans laquelle on prévoit en outre l'abrogation de toutes les dispositions contraires, en laissant aux tribunaux le soin de les rechercher. Ce procédé a été employé par de nombreux pays étrangers, où l'on voulait agir rapidement. Il en a été ainsi en Italie, en Argentine, en Pologne, en Roumanie, mais ces lois, comme le remarque M. Ancel, sont incomplètes et offrent de nombreuses difficultés dans leur application.

---

(15) Op. cit., p. 38.

(16) Capitant. D. H. 1932. Chr. p. 17.

Le législateur de 1938 adopta un autre procédé : conserver le code, tout en le modifiant dans toutes les dispositions affectées par la réforme. Certains articles devaient être abrogés, d'autres modifiés entièrement.

M. Ancel citait l'exemple de la loi du 13 juillet 1907, qui était restée en dehors du Code civil et dont certaines des dispositions ne concordaient pas avec les principes et les articles de notre Code. La question s'était posée devant la Commission de législation du Sénat et M. Renoult (17) s'explique en ces termes : « Le projet ne se borne pas à remanier le chapitre des droits et des devoirs respectifs des époux (livre I, titre V, chap. VI) où se trouve édictée la capacité de la femme mariée ; il reprend successivement pour les abroger, les modifier ou les remplacer tous les textes du Code, quelque soit le titre où ils figurent, qui ne s'expliquent que par cette idée d'incapacité de la femme dont ils sont des applications particulières. Il ne suffit pas en effet, comme on l'a cru quelquefois, de proclamer en un article unique de loi le principe de la capacité de la femme mariée et de l'égalité des époux dans le mariage pour décider ensuite que toutes les dispositions contraires sont abrogées. Une telle loi rencontrerait les plus sérieuses difficultés d'application. Son application serait entravée à chaque instant par l'impossibilité où l'on se trouverait de savoir dans quelle mesure les textes qui n'ont trait qu'en partie à l'incapacité de la femme mariée sont abrogés ou subsistent et il faudrait finalement, en élaborant de nouveaux textes, en revenir à la méthode du projet de loi que nous examinons. »

Le Sénat et la Chambre des Députés suivirent ces conclusions et la rédaction finale de la loi de 1938 comprenait

---

(17) *J. O. Doc. parl. Sénat* 1933, n° 404.

deux articles, le premier, énumérant les articles du Code modifiés, et le second, les articles du Code et de la loi du 13 juillet 1907 abrogés.

C'était la meilleure méthode législative. Le législateur de 1938 n'a malheureusement pas repris tous les textes en cause ; certains ont été laissés de côté. C'est pourquoi M. Ancel (18), comme d'ailleurs le professeur Esmein, demandent dans quelle mesure certains textes, non expressément abrogés et même, ce qui est plus grave, quelques-uns de ces textes formellement modifiés, subsistent.

C'est toute la question de l'abrogation implicite des dispositions contraires qui peut soulever des difficultés dans l'application de la nouvelle loi.

*B) La question de l'abrogation implicite des dispositions contraires.*

Nous devons nous demander quelle sera l'attitude de l'interprète, du juge, en présence d'un texte incompatible avec le nouveau principe de la capacité de la femme mariée.

On a dit avec juste raison qu'aucun des articles du titre V du Code civil, relatif au contrat de mariage et aux droits respectifs des époux, ne pouvait être considéré comme tacitement abrogé par la loi nouvelle, puisque le texte même de la loi et les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à ce sujet. La rédaction du nouvel art. 213 en est une preuve, de même que le rapport de M. Renoult du 18 février 1937 : « il convient de noter que des garanties quant aux biens sont assurées au mari par l'ajournement formel que contient le texte proposé de tout remaniement des régimes matrimoniaux ».

Le rapporteur à la Chambre, M. Delattre, a d'ailleurs

---

(18) Op. cit. p. 41.

employé le même langage : « Tous les textes du Code civil concernant les régimes matrimoniaux et le contrat de mariage ne peuvent être considérés comme abrogés implicitement, sauf peut-être un, l'art. 1388. »

A notre avis, on devrait considérer comme tacitement abrogée la première partie de cet art. 1388, puisque la puissance maritale n'existe plus que sous la forme d'une certaine prédominance maritale. On devrait en rayer la prohibition concernant les droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, auxquels les époux, avant 1938, ne pouvaient déroger.

Nous verrons que, par la suite, on a regretté que la réforme de la capacité de la femme mariée soit scindée de celle des régimes matrimoniaux, car quelques-uns des textes votés sont privés de compléments nécessaires. Certains se sont même demandé si on ne pouvait pas considérer comme tacitement abrogés les art. 1449 et 1538. On peut répondre négativement en toute certitude, si on a consulté préalablement les travaux préparatoires de la nouvelle loi (19).

On a soutenu que, par contre, on pourrait considérer comme tacitement abrogés les articles du Code ou les dispositions de certaines lois spéciales, qui n'étaient que la conséquence nécessaire des principes abrogés par la nouvelle loi. M. Ancel (20) cite l'art. 16 al. 1 de la loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix, aux termes duquel la femme ne pouvait plaider devant le juge de paix qu'avec l'autorisation de son mari. Il cite encore l'art. 1576 C. civ., aux termes duquel la femme ne pouvait paraître en jugement en raison de ses biens paraphernaux sans l'au-

---

(19) Savatier, *Les lois nouvelles* 1938, p. 52.

(20) Op. cit. p. 157.

torisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice ; d'après lui, la suppression de l'art. 215 ancien implique l'abrogation tacite de cette partie de l'art. 1576 qui ne touche pas à la réglementation intrinsèque du régime dotal, mais à l'incapacité d'ester en jugement de la femme mariée. Nous croyons cette opinion logique.

Inversement d'ailleurs, dit M. Ancel, certaines dispositions exigeant l'autorisation maritale et placées en dehors du titre sur le contrat de mariage « doivent être considérées comme demeurées en vigueur, lorsqu'elles rentrent dans les dispositions des cas prévus par l'art. 215 ». L'exemple le plus saisissant sera le maintien des articles 4 et 5 C. com., de l'art. 1029 C. civ. M. Ancel conclut en disant qu'il sera facile, en l'analysant, de dire si un texte doit être maintenu ou abrogé tacitement.

Il ne s'agit, en l'espèce, que d'une inadvertance du législateur de 1938, dont les conséquences pratiques ne seront pas trop dommageables.

Nous signalerons d'ailleurs, en étudiant au fond les dispositions de la loi de 1938, certaines de ses lacunes ou imperfections.

En tous cas, nous pouvons dire que cette question de l'abrogation implicite des dispositions contraires à la présente loi présente moins d'inconvénients que celle de la survivance à titre tacite de certains textes formellement abrogés par la nouvelle loi. Nous verrons que, dans certains cas, l'autorisation de justice sera nécessaire et que la loi nouvelle a abrogé les art. 218 et 219 du Code sur cette autorisation (21).

C'est là une inconséquence de la loi nouvelle sur laquelle nous nous étendrons plus loin.

---

(21) Esmein. G. P. 1938, chr. p. 38. Nast. D. P. 1939, 4<sup>e</sup> partie, p. 3.

c) *La méthode suivie au point de vue juridique.*

Il s'agissait de savoir, pour le législateur de 1938, la méthode législative une fois adoptée, les articles qui seraient à modifier ou à abroger.

Le projet de la Commission extra-parlementaire de 1925 et le projet gouvernemental de 1932 avaient résolu le problème de façon très large : suppression de l'incapacité de la femme mariée et réforme des régimes matrimoniaux. L'exposé des motifs de 1932 disait que « ce serait faire une œuvre vaine que de proclamer le principe de la capacité civile de la femme mariée, tout en conservant en même temps le régime légal de la communauté de meubles et acquêts » et plus loin : « on ne saurait se contenter de supprimer la puissance maritale sur la personne de la femme, en la conservant intacte sur les biens du ménage ; l'œuvre doit être complétée par une révision des textes relatifs aux régimes matrimoniaux. »

Si, au début de son rapport déposé le 24 juillet 1933, M. Renoult reprenait les mêmes idées, l'honorable rapporteur reconnaissait aisément que la refonte des régimes matrimoniaux mérite un examen particulier et que les textes qui traitent de cette question doivent être examinés de près. C'est d'abord sur ce principe, disait-il, qu'il convient de se prononcer. Lorsqu'on aura supprimé l'incapacité de la femme et défini la portée exacte de la capacité qui doit lui être reconnue, il sera temps d'examiner les répercussions de cette réforme sur les conventions matrimoniales. La Commission de législation du Sénat décida alors de ne rapporter que la première partie du projet de 1932 et de réserver pour l'avenir la réforme des régimes matrimoniaux.

Le rapporteur à la Chambre, M. Delattre, emploie le

même langage et proclame qu'à partir du moment où la capacité de la femme mariée sera proclamée, l'examen des régimes matrimoniaux connaîtra une heure particulièrement favorable.

Nous dirons que la loi de 1938 n'a modifié en somme que le chapitre VI du titre V du livre III du Code intitulé « des droits et des devoirs respectifs des époux », en modifiant les art. 213 à 216, en abrogeant les art. 217 à 224, en modifiant ou en abrogeant des articles épars dans le Code civil, qui n'étaient que le reflet de l'incapacité de la femme ou de la puissance maritale et en abrogeant enfin quelques articles de la loi du 13 juillet 1907. En somme, la loi de 1938 n'a touché qu'à ce qui avait directement trait, dans notre code, aux rapports personnels entre les époux et à l'incapacité de la femme, en laissant de côté toute la législation relative à la puissance paternelle, à la tutelle, à la question des droits politiques de la femme et enfin à toute la question des rapports pécuniaires entre époux et de l'hypothèque légale de la femme mariée. Ce n'est pas un code des droits de la femme ; la loi nouvelle n'a eu qu'un but plus modeste : « celui d'instaurer la capacité de la femme mariée. »

Evidemment, certains ont pu regretter que la Commission de législation du Sénat n'ait pas cru devoir rapporter la deuxième partie du projet de 1932.

Nous verrons que pratiquement, tant que les régimes matrimoniaux ne seront pas réformés, la capacité de la femme ne sera que théorique. Si le Sénat n'a pas procédé à cette réforme, c'est pour hâter le vote de la première partie du projet de 1932.

Nous allons examiner s'il y a véritablement un lien nécessaire entre l'instauration de la capacité de la femme mariée et la réforme des régimes matrimoniaux.

Mais nous devons d'ores et déjà rendre hommage à la Commission de législation du Sénat de n'avoir pas ajourné « sine die » cette réforme des régimes matrimoniaux, puisque le Sénat a déjà été saisi en première lecture, en juin 1939, de la réforme des régimes matrimoniaux.

*D) La question du lien nécessaire de la capacité et du régime matrimonial.*

On a soutenu qu'il n'existait aucun lien nécessaire entre la capacité de la femme et son régime matrimonial, que ce sont deux questions différentes, qui peuvent recevoir des solutions opposées et qu'on peut être partisan de la capacité de la femme mariée, tout en admettant qu'il n'y a pas lieu de ne pas conserver la communauté comme régime légal.

L'origine de cette distinction est la théorie juridique, dite « de la capacité et des pouvoirs ». Nous savons que, dans le système du code, l'incapacité de la femme était un effet du mariage, indépendant des conventions matrimoniales existant entre les époux. Cette incapacité, en pratique, variait suivant le régime matrimonial adopté par les époux, mais certains articles sur les régimes matrimoniaux étaient interprétés par les tribunaux à la lumière de cette incapacité générale édictée par les art. 215 et suivants du Code civil. Cette observation était illustrée par l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 1449 C. civ., aux termes de laquelle la femme séparée de biens n'était pleinement capable que pour les actes dits d'administration.

Nous verrons que la nouvelle capacité accordée par la loi de 1938 à la femme mariée sera restreinte par toutes les dispositions concernant les régimes matrimoniaux,

mais que ces restrictions ne constitueront pas une incapacité nouvelle.

Après 1938, comme avant, il faut distinguer « capacité et pouvoirs ». Les dispositions concernant les régimes matrimoniaux ne sont, d'après l'expression même de M. Lyon-Caën (22), que « la conséquence fortuite et accidentelle du régime ; il n'y a pas là une question de capacité mais de pouvoirs ». La femme mariée française n'était pas incapable parce que mariée sous le régime de la communauté, mais à cause des art. 215 et suivants du Code civil. Nous verrons que, même capable, la femme n'a pas le pouvoir d'aliéner librement les biens dont le mari a l'administration et la jouissance, car elle n'a aucun pouvoir sur ces biens.

Dans sa thèse si documentée (23), Mlle Nillus estime que l'incapacité est un effet du mariage et non pas du régime, que l'incapacité a pour but de protéger dans une certaine mesure la femme, alors que les obstacles à ses pouvoirs ont pour but de protéger les intérêts du mari.

Si la femme ne peut disposer de certains de ses biens, ce n'est pas pour un fait inhérent à sa personne, mais parce que les droits qu'elle a consentis à son mari font obstacle à l'exercice de ce pouvoir. Il n'y a pas que M. Lyon-Caën et Mlle R. Nillus qui ont distingué ces deux notions. M. Binet (24) opposait à l'incapacité personnelle de la femme l'indisponibilité réelle de ses biens, biens dont l'administration et la jouissance appartiennent au mari et MM. Bonnecasse, Josserand, Beudant, Thaller et

(22) Lyon-Caën, thèse 1903, p. 133.

(23) R. Nillus, thèse 1938.

(24) Binet, thèse 1901, p. 147.

Percerou, Escarra ont employé dans leurs traités les termes opposés de « capacité et de pouvoirs ».

M. Voirin (25) a étudié très longuement cette question du lien nécessaire entre la réforme des régimes matrimoniaux et la double suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée. Pour répondre négativement sur le terrain des principes, il soutient que les conventions matrimoniales sont des aménagements donnés à un patrimoine, mais non une incapacité.

Telle est cette doctrine qui distingue capacité et pouvoirs. Elle est discutable. On a dit qu'il serait peut-être vain d'assigner aux notions en cause un caractère subjectif ou objectif, car il serait difficile de faire la distinction. M. Ancel (26) soutient que celle-ci ne repose ni sur un concept, ni sur un critère juridique, mais qu'il peut être quelquefois utile d'opposer le pouvoir à la capacité.

Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux réformes. On ne peut pas dire que, quoique les régimes matrimoniaux actuels subsistent, la femme demeure incapable. Elle est libre de faire tel ou tel acte, mais les revenus de ses biens propres ne lui appartiennent pas, car elle a, par son contrat de mariage, abandonné l'usufruit de ses biens à son mari. On a d'ailleurs souvent comparé cette situation à celle de l'usufruit, alors qu'on n'a jamais parlé de l'incapacité de nu-proprétaire.

M. Voirin fait remarquer que cette situation existe depuis 1804 et que la femme, pour jouir de sa pleine capacité, n'a qu'à adopter un régime adéquat. Il insiste sur le fait qu'il est possible de faire varier par contrat de mariage suivant certaines limites la capacité de la femme mariée. « C'est

---

(25) Voirin. D. H. 1934. Chr. p. 67.

(26) Op. cit. p. 118.

alors, dit-il, la capacité de droit commun reconnue à la femme qui s'exerce à travers le régime matrimonial et non pas une capacité créée par les conventions matrimoniales. On a voulu présenter comme nouvelle, paradoxale, insoutenable, la conception d'une capacité reconnue à la femme mariée et paralysé dans son exercice par le jeu des régimes matrimoniaux. C'est pourtant le système qui a existé depuis 1804 et une expérience plus que séculaire montre qu'il est parfaitement viable. » M. Voirin compare la situation des biens qui ont fait l'objet d'un apport en communauté de la part de la femme au profit du mari aux biens qui ont fait l'objet d'un apport d'une femme non mariée à une société, où, dans ce cas, il ne peut être question d'incapacité et il conclut qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux réformes.

M. Ancel (27) se range aux côtés de M. Voirin et invoque à l'appui de son argumentation l'exemple des législations étrangères, le code allemand et le code suisse. C'est aussi l'avis de M. Renoult (28) à la séance du Sénat du 19 mars 1937, qui disait que « ce sont des questions distinctes qui se placent sur des plans distincts, mais sans interdépendance absolue ». Cette solution avait été d'ailleurs adoptée par la Société d'études législatives.

Pourtant certains auteurs ont soutenu le contraire. « Devant les résistances des praticiens, dit M. Esmein (29), les promoteurs du projet se sont résignés pour en faire passer au moins une partie à ne retenir que les dispositions relatives à la puissance maritale et à la capacité. On se con-

---

(27) Op. cit. p. 46.

(28) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 347.

(29) La loi sur la capacité de la femme mariée. G. P. 1938, chr. p. 38.

damnait à faire une réforme de portée surtout sentimentale. Techniquement, le résultat est mauvais. »

M. Esmein estime qu'il sera difficile de concilier les dispositions nouvelles avec celles concernant les régimes matrimoniaux et qu'il en résultera des incertitudes et des incohérences.

M. Julliot de la Morandière (30) regrette aussi que le Parlement n'ait pas cru devoir adopter dans son ensemble le projet initial de 1932 et surtout qu'il ait effectué cette scission dans des conditions telles qu'elle soulèvera en pratique de nombreuses complications.

M. Savatier (31) ne s'exprime pas autrement quand il dit que, si la femme redevient sans doute capable, ses biens restant soumis à l'autorité du mari, le cadre de la capacité conquise par elle demeure presque vide. C'est aussi l'avis de M. Nast (32).

M. Pernod (33), à la fin de la séance du 19 mars 1937, avait dit aussi que rien de très opérant n'avait été fait puisque les régimes matrimoniaux n'étaient pas réformés. Il conseillait alors au Sénat de « vite délibérer sur la réforme des régimes matrimoniaux pour qu'on puisse promulguer les deux lois en même temps, car sans cela, dit-il, les tribunaux auront des procès très délicats à trancher ».

Pour notre part, nous croyons utile de faire une distinction. Nous dirons qu'en droit il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux réformes, mais nous croyons, comme beaucoup, que pratiquement, cette institution de la capacité civile de la femme mariée ne jouera pleinement que lors-

(30) D. H. 1938, chr. p. 25.

(31) Op. cit. p. 50.

(32) Op. cit. p. 6.

(33) J. O. Déb. parl. Sénat 1937, p. 360.

que les régimes matrimoniaux seront aménagés, adaptés à cette nouvelle capacité et qu'ainsi ces incohérences, ces incertitudes dont il est question, disparaîtront ; nous verrons en effet que la jurisprudence illustre les hésitations des magistrats chargés d'appliquer la loi. Mais le mal n'est pas grand puisque le Sénat a déjà discuté en première lecture de nouvelles dispositions sur les régimes matrimoniaux.

D'ailleurs, notons que, s'il n'y a pas de lieu absolu entre les deux réformes, le législateur de 1938 a, comme le remarque M. Ancel (34), appliqué le principe d'une façon trop étroite. Il a laissé intacts, sans distinction, tous les articles placés « sous de titre de contrat de mariage et des droits respectifs des époux ».

C'est un défaut certain et grave du législateur de 1938, car certaines dispositions concernant le contrat de mariage ne sont que le reflet de l'incapacité de la femme mariée. On peut citer les art. 1438, 1449 et 1576, mais il y en a bien d'autres. Il n'y a pas interdépendance certaine et absolue entre les deux réformes, mais pratiquement la loi de 1938 ne sera bienfaisante pour les femmes mariées que lorsque les régimes matrimoniaux de Code de 1804 seront adaptés à cette capacité nouvelle de la femme mariée, car si, depuis la loi de 1938, la femme mariée est capable, c'est le mari en fait qui détient les pouvoirs.

C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à M. Aynès (35) que la distinction entre la capacité et les pouvoirs, qui n'est pas faite dans la loi de 1938 comme le constate un jugement récent du Tribunal civil de la Seine (36), est peut-

---

(34) Op. cit. p. 48.

(35) Op. cit. p. 20.

(36) 17 nov. 1938, G. P. 31 janvier 1939.

être critiquable si on lui attribue la valeur d'un principe absolu, mais qu'elle est un procédé pratique pour l'étude de la capacité de la femme mariée et pour l'appréciation la nouvelle loi dans son application pratique.

Quand les pouvoirs du mari sur les biens de la femme ne seront pas aussi étendus qu'actuellement, nous pourrions dire alors que la capacité de la femme, reconnue en droit par la nouvelle loi, sera effective.

## § II. — L'APPLICATION DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE DE LA NOUVELLE LOI

### A. — *L'application de la loi nouvelle dans le temps*

La loi nouvelle ne prévoit rien sur le point de départ de son application dans le temps, mais cela ne soulève aucune difficulté, car la jurisprudence et la doctrine presque unanimement admettent que les lois relatives à la capacité reçoivent immédiatement application, même si la cause de l'incapacité est antérieure à elles, ce qui avait été prévu par exemple par l'art. 11 de la loi de 1907. La loi de 1938 s'est appliquée dès sa promulgation sans distinction à toutes les femmes mariées, que la date de leur mariage soit antérieure ou postérieure au 18 février 1938 et personne n'a pu émettre une opinion contraire.

M. Savatier (37) admet aussi que la loi nouvelle s'est appliquée dès sa promulgation mais que les actes passés en violation de leur incapacité avant la promulgation de la loi restent annulables. C'est aussi l'opinion de M. Esmein (38). Si nous nous tournons du côté de la jurisprudence, nous pouvons dire que le Tribunal de la Seine, saisi d'une demande d'autorisation de justice introduite avant

---

(37) Op. cit. p. 55.

(38) G. P. op. cit. p. 39.

la loi, a refusé, dans son jugement du 17 mars 1938 (39), d'y faire droit au motif que, statuant sous l'empire de la loi nouvelle, il aurait été obligé d'apprécier les clauses d'un contrat de mariage, question qui n'est pas de sa compétence mais de celle du tribunal saisi de la demande en divorce, seul compétent pour interpréter les dispositions d'un contrat de mariage. Ce jugement nous apporte la preuve que la loi nouvelle a été applicable dès sa promulgation.

Un jugement plus récent du tribunal civil de la Seine du 23 mai 1939 (40) décide que la loi nouvelle a produit un effet immédiat dès sa promulgation et qu'un mari n'est plus admis à invoquer les dispositions de l'ancien art. 241 C. civ. Le commentateur de ce jugement rappelle les principes de notre droit en cette matière, à savoir que les lois d'ordre public sont immédiatement applicables (41), même si elles portent atteinte aux intérêts des parties et qu'il faut ranger parmi elles les lois de procédure et les lois relatives à la capacité des personnes.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 8 décembre 1938 (42) et la circulaire du Garde des Sceaux en date du 21 février 1938 (43), adressée aux Procureurs Généraux, affirment également que la loi nouvelle est applicable dès sa promulgation.

#### B. — *Application de la loi nouvelle dans l'espace*

La loi nouvelle de 1938 s'appliquera sans aucun doute à toutes les françaises en France et aux colonies, après le

---

(39) G. P. 10 mai 1938.

(40) G. P. 30 juin 1939.

(41) Cass. 20 février 1917, G. P. 1917 p. 532.

(42) G. T. Maroc, 4 mars 1939.

(43) J. O. 21 février 1938, p. 2148.

décret du 8 mai 1938 dont nous avons déjà parlé. Elle s'appliquera également aux femmes françaises mariées à l'étranger.

Aux termes d'un principe certain, la condition de la femme est, en principe, régie par la loi nationale, par son statut personnel ; désormais, une femme mariée française, habitant à l'étranger, ne sera plus sous la puissance de son mari et sera pleinement capable ; peut-on dire que les principes nouveaux de la loi de 1938 seront considérés comme d'ordre public et par voie de conséquence applicables aux femmes étrangères en France ?

On a dit que la notion de la puissance maritale en France avait un caractère d'ordre public, en s'appuyant sur le jugement célèbre du tribunal de la Seine du 30 avril 1930 (44) ; on peut dire avec M. Ancel (45) qu'il n'y a là « qu'une manifestation de ce territorialisme qui pousse de plus en plus la jurisprudence, sous prétexte d'ordre public, à appliquer, chaque fois qu'elle le peut, en France, la loi française ». C'est un reflet du nationalisme dans le domaine juridique.

Nous ne devons tout de même pas en déduire que la femme étrangère, comme la femme française, ne peut plus en France être tenue d'obéir à son mari, si, sous l'empire de sa loi nationale, elle y est contrainte. En application du principe que la condition de la femme est régie par son statut personnel, par sa loi nationale, la femme belge habitant en France devra obéissance à son mari, puisque sa loi nationale l'exige. Il sera choquant, peut-être, de voir en France un mari belge contraindre sa femme à réintégrer « manu militari » le domicile conjugal, alors

---

(44) *Aff. Jeanne Aubert-Varna-Dufrenne*, *Clunet* 1930, p. 966.

(45) *Op. cit.* p. 59.

que le mari français n'a plus ce droit, mais il ne peut en être autrement en vertu des principes du droit international privé en honneur dans notre pays.

Du principe que la condition de la femme est régie par son statut personnel et de l'application de la loi nouvelle dans nos Protectorats, le tribunal civil de Casablanca (46) a déjà fait une application. Il est dit dans ce jugement que les nouvelles dispositions de la loi de 1938, qui augmentent la capacité de la femme et touchent dès lors à son statut personnel, sont, aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> du Dahir sur la condition civile des Français ou des Etrangers au Maroc, applicables aux françaises habitant le Protectorat. La Cour d'appel de Rabat (47), dans un arrêt du 2 décembre 1938, se plaçant à un point de vue plus général, rappelle que la loi du 18 février 1938, relative à la capacité de la femme mariée, est applicable de plein droit à toutes les françaises, quel que soit leur domicile.

Nous en tirerons la conclusion suivante que cette loi est applicable à toutes les françaises en vertu du principe aux termes duquel la condition civile de la femme mariée est régie par sa loi nationale.

---

(46) 23 août 1938 ; la loi 6 janvier 1939.

(47) G. T. Maroc, 4 mars 1939.



## PREMIERE PARTIE

### LE NOUVEAU STATUT PERSONNEL DE LA FEMME MARIÉE FRANÇAISE

---

La loi du 18 février 1938 met fin à la puissance maritale. C'est là l'objet de l'art. 1<sup>er</sup> de la nouvelle loi qui modifie les art. 213 et s. C. civ.

Nous savons que la conception du législateur de 1804, si elle était discutable, ne manquait pas d'harmonie. Les époux avaient des droits et des devoirs respectifs, qui ont été conservés partiellement par le législateur de 1938 ; l'art. 212 C. civ., aux termes duquel les époux se devaient mutuellement fidélité, secours et assistance, et l'art. 203, qui édictait l'obligation pour les deux conjoints de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ont été également maintenus. Il convient d'approuver cette décision, ces deux dispositions ne pouvant que maintenir la cohésion qui doit exister entre les membres de la famille française. Les époux se devront toujours fidélité, car, sans cette obligation, on pourrait dire que l'essence même du mariage ferait défaut et, comme par le passé, secours et assistance.

Cette dernière obligation, grâce aux dispositions de l'art. 214 nouveau, sera sanctionnée plus efficacement en-

core et c'est là un des mérites les plus apparents de la nouvelle loi.

Mais ces dépenses d'entretien, d'assistance, par la concentration de tous les revenus entre les mains du mari, en vertu des droits qui lui appartiennent comme chef de la communauté (art. 1388 C. civ.), seront encore exécutées par le mari, puisque la loi nouvelle n'a pas touché aux régimes matrimoniaux. On pourrait d'ailleurs aussi bien rattacher cette exécution à la notion nouvelle de « chef de famille », car, désormais, si la puissance maritale n'existe plus, si la femme ne doit plus obéissance au mari, ce dernier conserve néanmoins une certaine autorité que lui confère sa qualité de chef de famille et qui lui donne dans certains cas le pouvoir de décision.

L'art. 213 nouveau lui donne le droit de fixer la résidence du ménage et l'art. 216 celui de s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée.

L'épouse française continuera à porter le nom et même le prénom de son mari (1). Elle devra reprendre l'usage de son nom par l'effet du divorce, aux termes des art. 299 et 311 C. civ. inchangés. Il faut ajouter que, comme par le passé, dans les actes officiels, la femme sera toujours désignée par son nom de jeune fille.

Enfin, le père conservera la puissance paternelle sur les enfants communs (art. 373 C. civ.).

En ce qui concerne la nationalité, si la loi nouvelle n'a pas modifié la loi du 10 août 1927, elle a entraîné quelques répercussions qu'il conviendra d'examiner à part.

Dans le premier chapitre, nous étudierons la suppression de la puissance maritale et la notion du chef de famille, dans le deuxième, la résidence du ménage et de

---

(1) Nast. D. P. 1939, 4<sup>e</sup> p., p. 3. Savatier, op. cit., p. 63.

la femme mariée, dans le troisième, l'exercice par la femme d'une profession séparée et enfin dans le quatrième, la capacité de la femme mariée. Ce dernier chapitre sera la transition avec la partie consacrée au nouveau statut patrimonial. Nous avons préféré placer l'étude sur le principe nouveau de la capacité dans la partie réservée au statut personnel, car nous pensons que l'incapacité traditionnelle, qui frappait l'épouse française, était une conséquence directe de la puissance maritale ; qu'en le faisant, nous pouvons mieux distinguer tout ce qui a trait à la capacité et aux pouvoirs, puisque la deuxième partie, réservée au statut patrimonial, aura pour objet l'étude du fonctionnement pratique de cette nouvelle capacité en tenant compte des diverses limitations légales ou conventionnelles qui ont été apportées à son exercice.

---



## CHAPITRE I<sup>er</sup>

### La suppression de la puissance maritale

#### SECTION I<sup>re</sup>

##### LA SUPPRESSION DU DEVOIR DE PROTECTION POUR LE MARI ET DU DEVOIR D'OBÉISSANCE POUR LA FEMME

Aux termes célèbres de l'ancien art. 213 : « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance au mari », le législateur de 1938 a préféré un art. 213 al. 1, ainsi conçu : « Le mari, chef de famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari et celui-ci est tenu de la recevoir ».

Pour les féministes, la réforme importante, qui leur était la plus chère, était la suppression de ce mot « obéissance ». Il n'y a eu au Sénat aucune discussion sur l'abolition du devoir d'obéissance et du devoir de protection, dont le principe était admis par tous. Par contre, comme nous le verrons dans la section II, la notion du chef de famille a fait l'objet de plusieurs amendements.

#### § I. — *Le devoir de protection*

Si la suppression du devoir d'obéissance pour la femme n'est pas passée inaperçue, il n'en est pas de même pour le devoir de protection que le mari devait à sa femme ; certains ont regretté que le législateur de 1938 ait retiré

cette protection traditionnelle dans notre droit français.

M. Savatier a prétendu que « de cette réaction brutale, de cette licence, c'est la femme qui en est la victime » (2), car, pour lui, « il ne faut pas que cette liberté dégénère en licence ».

Nous serions de cet avis si le législateur de 1938 n'avait pas introduit dans l'art. 213 une notion nouvelle pour notre droit : la qualité de chef de famille accordée au mari. En effet, un chef doit protéger ceux qui sont placés sous son autorité. C'est l'avis du rapporteur à la Chambre, M. Delattre, qui affirme que cette idée de protection se trouve dans l'expression « le mari, chef de famille ».

On a fait par ailleurs remarquer que le maintien de l'art. 212, instituant entre les époux l'obligation de secours et d'assistance, s'explique par le désir du législateur de 1938 de conserver cette idée de protection se traduisant par une aide matérielle.

A l'objection que nous avons signalée, à savoir « que la femme mariée française n'a plus la protection tutélaire de la loi, qui la mettait sous sa sauvegarde et celle de son mari », les milieux féministes (3) avaient déjà répondu en disant que cette protection du mari était « une notion morale », qu'en principe les femmes étaient dépourvues de protection maritale réelle et de protection effective de la loi. Sans aller aussi loin, on peut dire que ce devoir de protection, nullement sanctionné, était une formule nominale et théorique (4).

---

(2) Savatier, *op. cit.* p. 53-54.

(3) Grinberg et O. Simon, *op. cit.* p. 93.

(4) Ancel, *op. cit.* p. 54.

## § 2. — *Le devoir d'obéissance*

Si le devoir de protection était purement nominal, il n'en était pas de même du devoir d'obéissance.

Nous savons que la jurisprudence, par l'application de la théorie de l'abus du droit, avait amenuisé les conséquences des principes par trop sévères du Code civil, vis-à-vis de la femme mariée ; mais il n'en était pas moins vrai que les tribunaux tiraient des termes de l'art. 213 des conséquences précises ; un arrêt de la Cour de Chambéry, en date du 4 mai 1872, semblait même admettre que le mari ait un certain droit de correction sur sa femme (5). C'est toutefois ce qui explique que les milieux féministes réclamaient avec beaucoup d'insistance l'abrogation de cet art. 213, dont la formule avait en soi quelque chose de choquant. C'est de l'art. 213 que dérivait cet ensemble de prérogatives qui appartenaient au mari et qui constituaient « la puissance maritale ».

Désormais, la femme n'est plus sous la dépendance de son mari en ce qui concerne le gouvernement de sa personne.

Avant 1938, la femme devait obéir à son mari chaque fois que ce dernier lui donnait un ordre dans quelque domaine que ce soit. Depuis la nouvelle loi, elle devient entièrement libre pour tout ce qui concerne sa personne et elle n'a plus d'ordre à recevoir en ce qui concerne sa vie personnelle.

M. Aynès (6) signale certaines des conséquences de la suppression du devoir d'obéissance. Pour lui, la femme mariée pourra se vêtir, se nourrir, employer son temps,

---

(5) D.P. 73.2.128.

(6) Aynès, op. cit., p. 28.

se soigner, gérer sa fortune, choisir ses lectures, sa religion et son parti politique comme il lui plaira, puisque ce droit de contrôle général du mari sur les actes de sa femme a disparu.

M. Esmein (7) estime que, désormais, elle pourra, sans le consentement de son mari, changer de religion, de nationalité, de parti politique, de médecin.

Les conséquences précises tirées par la jurisprudence de l'art. 213 disparaîtront. Le mari n'aura plus le droit de surveiller les relations de sa femme et n'aura plus aucun contrôle sur la correspondance de celle-ci. Comme la jurisprudence la plus récente autorisait encore, à condition de ne pas user de moyens illicites, la production par le mari de lettres missives écrites par sa femme, les femmes mariées en instance de divorce ne pourront que retirer des avantages de la réforme. La correspondance de chaque époux sera désormais inviolable (8).

La femme mariée pourra se faire délivrer sans l'autorisation de son mari un permis de chasse, un permis de conduire, un passeport et une carte d'identité (9). A ce sujet, signalons qu'une circulaire en date du 14 juin 1937, adressée par M. le Ministre de l'Intérieur aux Préfets et au Gouverneur Général de l'Algérie, avait déjà accordé aux femmes mariées la possibilité de se faire délivrer librement un passeport ou une carte d'identité. Le Conseil d'Etat, sollicité par le Ministre de l'Intérieur, avait répondu qu'aucun texte de loi ou de règlement ne permettait

(7) Esmein, G. P. 1938, chr. p. 38.

(8) Savatier, op. cit. p. 62 ; Nast, op. cit. p. 3 ; Julliot de la Morandière, D. H. 1938, chr. p. 25. Voir sur ce point la Jurisprudence antérieure, notamment Cass. 3 mars 1918, S. 1918.1.175 et C. A. Bordeaux 15 mars 1929, D. P. 1930.1.129, note Nast.

(9) Savatier, op. cit. p. 53.

d'exiger d'une femme mariée demandant un passeport l'autorisation maritale et que cette interprétation n'était exigée par l'Administration qu'à la faveur d'une interprétation contestable de l'art. 214 C. civ., relatif à l'obligation de cohabitation entre époux. Mais la circulaire ajoutait que le Préfet pouvait toujours refuser un passeport sans avoir à motiver son refus au pétitionnaire et même, si « celle-ci apparaissait commandée par les circonstances », réclamer l'autorisation maritale.

Depuis la loi du 18 février 1938, qui a supprimé la puissance maritale, nous croyons que l'Administration préfectorale ne pourra demander en aucun cas cette autorisation maritale, complètement abolie en ce qui concerne le gouvernement de la personne de la femme. L'administration conservera néanmoins le droit de refuser la délivrance du passeport, quelque soit le pétitionnaire, femme mariée ou non.

Enfin, la femme pourra librement contracter un abonnement au téléphone pour lequel l'administration exigeait autrefois l'autorisation du mari (10).

La femme pourra se présenter librement à un examen, s'inscrire dans une Faculté, suivre tel ou tel enseignement.

M. Ancel pose à ce sujet la question suivante de savoir si on ne peut voir dans ces actes une préparation à l'exercice d'une profession que le mari peut interdire et par là même exiger son acquiescement (11). Nous croyons comme lui que ce serait contraire à l'esprit de la nouvelle loi. La qualité nouvelle de « chef de famille » accordée au mari ne permet pas non plus à notre avis de lui accor-

---

(10) Ancel, op. cit. p. 133.

(11) Ancel, op. cit. p. 132.

der le droit de s'opposer à une activité qui n'est pas encore professionnelle et qui n'est pas soumise aux prescriptions de l'art. 216 nouveau.

Nous croyons aussi qu'elle pourra se livrer à toute activité littéraire ou artistique, si cette activité est exempte de tout engagement professionnel (12).

En définitive, tout ce qu'il a été convenu d'appeler la puissance maritale, c'est-à-dire un contrôle du mari sur tous les actes de la femme, a disparu.

La disparition de la puissance maritale entraînera une réforme en ce qui concerne les causes du divorce et de la séparation de corps. Désormais, le refus d'obéissance de la femme ne pourra être retenu par les tribunaux comme une injure grave, susceptible de faire prononcer le divorce au profit du mari (13). De plus, si la femme prouve que le mari a ouvert ses lettres, l'injure grave sera établie et à ce point de vue, les deux époux seront sur un pied d'égalité. De même, il sera impossible à l'un des époux de produire, dans une instance en divorce ou en séparation, des lettres qui ont été adressées à son conjoint ou par son conjoint.

Il y a donc là une modification de la preuve à apporter en matière de divorce ou de séparation.

Enfin, la suppression de la puissance maritale a entraîné la modification de l'art. 1040 sur le dépôt par l'abrogation des mots : « et se trouve en puissance de mari ».

Ajoutons en terminant que, si l'existence de la puissance maritale ne pouvait être sérieusement contestée, en revanche, comme dit M. Nast (14), son contenu et sa portée

(12) Aynes, op. cit. p. 133.

(13) Aynes, op. cit. p. 37 ; Req. 12 nov. 1906 ; D. P. 1905 p. 269.

(15) Nast, op. cit. p. 3.

étaient des plus restreints, l'autorité maritale était plus nominale que réelle, plus morale que juridique et qu'elle n'existait pas dans les ménages unis où la collaboration régnait et ne se faisait sentir que dans les unions proches du divorce ou de la séparation.

M. Nast (15) observait justement que rien ne montre mieux l'impuissance de la loi à vouloir réglementer les rapports d'ordre personnel entre époux et concluait que la suppression de la puissance maritale était une réforme qui n'avait qu'un caractère moral ; c'est l'avis de la plupart des commentateurs de la loi nouvelle, en particulier de M. Savatier (16), pour qui cette réforme est avant tout spectaculaire ; c'est, nous croyons, le mot le plus exact.

## SECTION II. — LA NOTION NOUVELLE DE « CHEF DE FAMILLE »

Aux termes du nouvel art. 213, le mari est « chef de famille ».

Nous allons étudier d'abord le contenu de cette formule, ensuite la perte de cette qualité de chef de famille.

### *I. — Le contenu de cette formule*

Quels sont le sens et la portée pratique de cette nouvelle formule, « le mari chef de famille » ; à quelle conclusion a voulu arriver le législateur en rédigeant de la sorte l'art. 213 ?

Le projet de 1932 (17) classait la nouvelle législation française parmi celles qui laissent subsister sur certains points la prédominance du mari ; l'art. 216 du projet de 1932 accordait au mari le droit de demander au tribunal

(15) Nast, D. H. 1938, chr. p. 37.

(16) Savatier, op. cit. p. 50.

(17) J. O. Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594.

civil de restreindre la capacité de sa femme, ce qui constitue une preuve supplémentaire.

C'est dans la séance du 8 décembre 1936 (18) que M. Pernod proposa qu'on insère, au début de l'art. 213, cette phrase : « le mari est le chef de la famille ». Il défendait son amendement en affirmant qu'au premier rang des besoins de la famille il y a la nécessité d'une autorité, d'un pouvoir de décision et que cette affirmation placée en tête de l'art. 213 n'était pas inutile, malgré les remarques antérieures de M. Renoult sur la prédominance du mari. Il prétendait, en rappelant l'exemple des législations suisse, allemande et italienne, qu'il ne faut pas inciter les époux à faire régler par le juge des incidents qui doivent l'être par celui dont l'autorité dans la famille lui donne le pouvoir de décision ; ainsi, la législation nouvelle serait conforme à la tradition française, au respect de l'autorité du père de famille. Le Sénat adoptait l'amendement « le mari est le chef de famille ». Mais cette disposition ne fut pas goûtée par les milieux féministes qui craignaient de voir renaître la puissance maritale.

La Commission de législation décida de faire de l'amendement Pernod une proposition incidente à propos du choix du domicile conjugal, transigeant ainsi entre l'opinion des partisans de la prédominance maritale et celle des partisans de l'égalité entre les époux.

Le rapporteur M. Renoult (19), chargé de justifier devant le Sénat la nouvelle rédaction, affirmait que celle-ci ne rétablissait ni de près, ni de loin, le devoir d'obéissance et était de nature à fortifier l'unité de la famille et l'ordre dans le ménage. C'est une formule d'ordre moral, expri-

---

(18) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1549.

(19) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, annexe n° 28.

mant dans des conditions parfaitement plausibles le désir commun des membres de la Commission de voir régner l'ordre dans la famille sous une direction tutélaire et naturelle qui est celle du mari. Pour M. Renoult, les droits positifs du mari dans le ménage ne sont pas là et ne peuvent pas y être ; ces droits positifs résultent de textes express, qu'on dise ou non que le mari est le chef de famille.

Ces raisons n'empêchèrent pas M. Bachelet de déposer un amendement affirmant la solidarité des époux dans le ménage et ayant surtout pour but de supprimer la formule nouvelle de « chef de famille » et de le défendre ardemment. Pour M. Bachelet, le mot « chef » implique l'idée de subordination et d'obéissance ; « on a changé la formule de l'art. 213 par une formule moins choquante qui laisse néanmoins subsister la sujétion de la femme au mari ».

Après une nouvelle intervention de M. Pernod estimant que, dans toute société quelle qu'elle soit, il faut un pouvoir de décision en cas de désaccord, l'amendement Bachelet était repoussé et la rédaction proposée par la Commission était définitivement adoptée par le Sénat.

A la Chambre des députés, le rapporteur M. Delattre (20) faisait observer dans son rapport que les mots « chef de famille », étant placés entre virgules, formaient une proposition non plus principale mais incidente, que cette formule impliquait plutôt une idée de direction morale, de protection du foyer qu'une idée de commandement et que la qualité de chef de famille ne donne au mari « aucun droit positif et catégorique », ses droits dérivant de textes précis qui sont maintenus.

A l'examen des travaux préparatoires, il est difficile de

---

(20) *J. O. Déb. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 5 et 6.

savoir exactement quel est le sens et la portée de cette incidente. Les déclarations de M. Renoult sont peu nettes et assez contradictoires. On a l'impression, comme le dit M. Nast (21), que la Commission de législation du Sénat et la Haute-Assemblée elle-même aient voulu concilier deux choses incompatibles, l'abrogation de la puissance maritale instamment demandée par les milieux féministes et le maintien d'une certaine prédominance du mari dans la direction des affaires du ménage, idée chère à certains sénateurs ennemis de l'égalité des époux dans le ménage.

Puisque les travaux préparatoires ne nous ont pas apporté la pleine lumière, demandons-la à la Doctrine.

M. Julliot de la Morandière (22) tire la mise entre les virgules de cette formule la conclusion que ces mots ne confèrent au mari aucun pouvoir général mais qu'ils sont seulement la justification des prérogatives expresses que certains textes nouveaux lui conservent.

M. Savatier (23) signale aussi que cette formule est une incidente, mais il fait remarquer également que le législateur a gardé un silence prudent sur le sens et la portée de cette formule. Le louage de services et le contrat de société restent pour lui interdits entre époux comme par le passé, précisément à cause de cette rédaction : « le mari, chef de famille ».

M. Esmein (24) semble attacher une certaine importance à cette formule. Le mari aura, dit-il, qualité pour donner des ordres en ce qui concerne l'ensemble de la famille, l'aménagement de l'intérieur familial, le train de maison, les réceptions, l'emploi des vacances de la famille, à côté

---

(21) Nast, op. cit. p. 4.

(22) Op. cit. p. 25.

(23) Op. cit. p. 56 et 62.

(24) Op. cit. p. 38.

des autres prérogatives expresses que le code et la loi nouvelle lui reconnaissent.

M. Ancel (25) affirme au contraire que, des travaux préparatoires de la nouvelle loi et des travaux de la Société d'études législatives, on peut tirer la conclusion que cette formule n'a pas pour effet de faire revivre sous une autre forme l'obligation d'obéissance et qu'on ne peut en tirer des prérogatives expresses. C'est aussi l'avis de MM. Rouast, Laborde-Lacoste et Bonnecase.

M. Nast parle d'un « coup de chapeau tiré à la prépondérance maritale » ; par cette formule contradictoire, dit-il, « on a l'impression que l'on ait voulu abolir la puissance maritale tout en la conservant sous un autre nom », que l'on n'ait pas voulu que l'autorité du mari fut aussi étendue en droit que sous l'empire du Code civil de 1804, notamment « en ce qui concerne les relations et la correspondance de la femme ». Il estime que ces discussions n'ont d'ailleurs aucune portée pratique ; que l'on parle d'autorité dans le ménage, de puissance maritale, que le mari soit ou non chef de famille, l'autorité dans un ménage dépend avant tout de la volonté commune des époux et de leur bonne entente.

En raison de l'imprécision des travaux préparatoires sur ce point, la plupart des auteurs ne reconnaissent à cette formule qu'une portée purement morale. Certains ont prétendu qu'elle n'est pas heureuse car inutile et difficile à interpréter. Il était pourtant nécessaire d'affirmer que la prédominance maritale, qui est la plus fréquente dans les

---

(25) Op. cit. p. 24.

(26) Rouast, B.S.E.L. 1934 p. 86, 1935 p. 72 ; Laborde-Lacoste, *Sem. Jur.* 13/20 août 1937, p. 30 ; Bonnecase, *Mariage et Régimes matrimoniaux, leur réforme récente*, p. 77.

(27) Op. cit. p. 4.

ménages et qui est la constatation d'un fait social, subsisterait dans les familles françaises. Nous croyons également qu'au nom des principes actuels qui tendent à restaurer l'unité de la famille, les tribunaux tireront de cette formule des conséquences précises et bienfaisantes et que les opinions de MM. Pernod et Esmein seront adoptées par la jurisprudence.

## § II. — *La perte de la qualité de chef de famille*

La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° Dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps ; 2° Lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine.

C'est dans la séance du Sénat du 19 mars 1937 (28) que M. Lefas proposa cet amendement ; c'est une correction très utile pour les femmes abandonnées par leur mari. Il convenait en effet de préciser que, dans les cas visés par l'al. 3, le mari n'est plus chef de famille.

### A. — LES CAS DE PERTE DE CETTE QUALITÉ

Le texte en question vise d'abord l'absence. A notre avis, il doit s'agir de l'absence prévue par les art. 112 et suivants du Code civil. Le mari a disparu de chez lui, il ne donne plus de nouvelles et ses parents ignorent s'il est mort ou vivant. Il est nécessaire qu'intervienne alors un jugement de déclaration d'absence (29). Peut-on assimiler à l'absence la non-présence, par exemple à la suite d'un cas d'impossibilité de communication ? Non, mais ce cas rentrerait dans

---

(28) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 355 et 353.

(29) Aynes, *op. cit.* p. 45 ; Grinberg et O. Simon, *op. cit.* p. 51.

l'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté (30) ; le mari perdra également sa qualité de chef de famille à la suite d'un jugement d'interdiction et de séparation de corps.

L'impossibilité de manifester sa volonté peut être entendue de façon plus ou moins large. Il semble qu'on doit faire rentrer dans ce cas la démence sans interdiction et l'internement ; mais, dans certains cas d'infirmité physique ou mentale, la question se posera de savoir si le mari est ou n'est pas dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Devra-t-on recourir à la science médicale pour le dire ? Il nous semble aussi que l'éloignement du mari qui n'est pas, au sens juridique du mot, une absence, tel le cas de la séparation de fait des époux, peut rentrer dans ce cas, mais il peut y avoir controverse.

Enfin, le dernier cas est une condamnation à une peine criminelle pendant la durée de la peine. Il faut que le mari subisse une peine pour crime mais il semble aussi que le mari recouvrera ses pouvoirs lorsqu'il sera grâcié ou amnistié et qu'il bénéficiera d'une commutation de peine criminelle en peine correctionnelle, puisque ce texte dit « pendant la durée de la peine » (31).

M. Ancel (32) fait très justement remarquer que cette précision est inutile car le condamné est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pendant la durée de sa peine, comme d'ailleurs la séparation de corps et tous les autres cas prévus. Le législateur aurait dû, à son avis, se borner à affirmer que le mari n'est plus chef de famille lorsqu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il critique le fait d'avoir visé le condamné par contumace puisque

---

(30) Savatier, op. cit. p. 57.

(31) Savatier, op. cit. p. 59.

(32) Ancel op. cit. p. 69, 70.

ce dernier, tant qu'il n'est pas arrêté et à nouveau condamné, ne purge pas sa peine. Quand il la purgera, il ne sera plus condamné par contumace. Le contumace étant un cas où le mari ne peut plus manifester sa volonté, cette précision était inutile.

Il semble bien que ce texte vise toute condamnation criminelle, que la peine infligée soit une peine de droit commun ou une peine politique. Une condamnation à cinq ans d'emprisonnement pour escroquerie n'enlèvera pas cette qualité au mari qui en est l'objet ; par contre, le simple bannissement aurait ce résultat, ce qui est critiquable (33).

#### B. — LES EFFETS DE LA PERTE DE CETTE QUALITÉ

Il y a un point certain : si le mari perd sa qualité de chef de famille, la femme n'acquiert pas cette qualité.

M. Savatier (34) blâme le législateur de n'avoir pas précisé que, dans ce cas, la femme prendrait cette qualité ; il se demande alors quels sont les effets de cette déchéance.

Pour M. Nast (35), cette perte fait perdre au mari les prérogatives expresses que lui reconnaissent les art. 213 et 216.

M<sup>re</sup> Grinberg et O. Simon (36) estiment que, dans ces cas, la femme deviendra libre de changer de domicile ou de résidence et de passer à cet effet tous baux ou de faire toutes locations.

M. Esmein (37), constatant qu'il n'est pas dit que la femme devient alors chef de famille, estime que, si elle entreprend un commerce, elle n'obligera pas par ses actes

(33) Savatier, *op. cit.* p. 57 ; Ancel, *op. cit.* p. 70.

(34) *Op. cit.* p. 57.

(35) *Op. cit.* p. 4.

(36) *Op. cit.* p. 51.

(37) *Op. cit.* p. 38.

le mari ou la communauté, car, dans aucun cas, elle ne deviendra chef de la communauté, aucun changement n'ayant été apporté aux régimes matrimoniaux et les pouvoirs du mari restant les mêmes sous tous les régimes.

Il est certain que les prérogatives expresses accordées par la loi nouvelle au mari disparaîtront quand il perdra sa qualité de chef de famille, ainsi que toutes celles que la jurisprudence attachera à cette qualité.

### SECTION III<sup>e</sup>

#### LES CONSÉQUENCES INDIRECTES DE LA SUPPRESSION DE LA PUISSANCE MARITALE

##### § 1<sup>er</sup> *Les répercussions de la loi nouvelle sur les règles de la puissance paternelle et de la tutelle*

Sans être une conséquence directe des termes de l'art. 213 et de la puissance maritale, la femme mariée était frappée de certaines incapacités relatives aux règles de la puissance paternelle et de la tutelle. Ces incapacités dérivait indirectement de cette toute puissance maritale qui portait à la fois sur la personne et sur les biens de la femme, ce qui explique que nous plaçons dans ce chapitre les modifications apportées à certains articles du Code civil par la loi nouvelle ; en ce qui concerne la puissance paternelle, elle abroge l'art. 381 C. civ., aux termes duquel la mère ne pouvait obtenir le placement de son enfant par autorité de justice qu'avec l'assentiment des deux plus proches parents paternels et même, si elle était remariée, avec l'assentiment du conseil de famille. En ce qui concerne la tutelle, la loi nouvelle abroge l'art. 399 C. civ. qui décidait que la mère, remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants qu'elle avait eus d'un premier ma-

riage, ne pouvait leur désigner un tuteur testamentaire et l'art. 400, aux termes duquel la mère, remariée et maintenue dans la tutelle des enfants qu'elle avait eus d'un précédent mariage, ne pouvait leur désigner un tuteur testamentaire sans l'assentiment du conseil de famille.

Enfin, par l'abrogation de l'art. 420, la femme pourra, sans autorisation de son mari, être nommée subrogée tutrice. La loi nouvelle n'a pas touché l'art. 405. La femme mariée doit toujours obtenir l'autorisation de son mari pour être désignée comme tutrice par le conseil de famille. Le maintien de l'art. 405 est justifié par cette idée que le mari est de plein droit co-tuteur, donc responsable de la gestion de sa femme, tandis que le mari n'est pas co-subrogé-tuteur et par suite responsable.

Pour M. Ancel (38), la disposition de l'art. 405 doit donc être considérée comme une restriction légale de la capacité de la femme au sens de l'art. 215 nouveau.

M. Jolliot (39) estime que la logique voudrait que la fonction de co-tuteur soit abolie et que la femme pût devenir tutrice sans autorisation.

M. Voirin (40) pense qu'on aurait pu aussi abroger l'art. 391 C. civ., aux termes duquel le père pourra nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle, et l'art. 395 qui stipule que, si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée, ces deux articles étant contraires à l'esprit de la nouvelle loi.

(38) Op. cit. p. 163.

(39) Recueil général des lois, décrets et arrêtés, 1938, n° 8.

(40) D. H. 1934, chr. p. 68.

M. Nast (41) signale qu'il est anormal que la femme mariée puisse devenir, sans autorisation, subrogée-tutrice alors que, pour être nommée curatrice par le conseil de famille afin d'assister le mineur émancipé lors de la reddition du compte de tutelle, il lui faut l'autorisation de son mari aux termes de l'art. 480 C. civ.

M. Savatier (42), comme M. Voirin, se demande pour quelle raison on a conservé les art. 391 et 395 ; il ajoute à cette liste l'art. 396 al. 2 ; l'al. 1 stipulant qu'en cas de remariage de la mère tutrice, si le conseil de famille lui conserve la tutelle, le mari deviendra nécessairement co-tuteur, l'al. 2 est donc inutile puisqu'il prévoit qu'en cas de décès, d'interdiction ou d'internement du mari, de divorce ou de séparation de corps, la tutrice conservera sa fonction, la co-tutelle prendra fin. Avec les nouvelles dispositions de l'al. 3 de l'art. 213 sur la perte de la qualité de chef de famille, cet al. 2 aurait dû être abrogé. M. Savatier se demande avec raison si ces diverses incapacités, qui frappent encore la femme, subsistent quand le mari n'est plus chef de famille. Il serait logique qu'elles ne subsistent plus, quoique nous n'osons l'espérer, car il semble que, dans ces cas, la femme ne devient pas chef de famille.

La nouvelle loi n'a pas touché à l'art. 347 sur l'adoption. Il semble bien que, si, aux termes de cet article, nul époux ne peut adopter ou être adopté qu'avec le consentement de l'autre, sauf si celui-ci est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou s'il y a séparation de corps entre époux, avec les nouveaux principes, cet art. 347 aurait pu être abrogé.

---

(41) Op. cit. p. 3.

(42) Op. cit. p. 63.

Enfin, signalons que le tribunal civil de la Seine, le 14 février 1939 (43), a jugé que, depuis la loi nouvelle qui avait supprimé la puissance maritale, la femme peut être désignée comme conseil judiciaire de son mari et que cette désignation est de plus justifiée par l'art. 507 C. civ., aux termes duquel la femme peut être tutrice de son mari interdit. Dans une note très intéressante, M. Lalou (44) signale qu'avant la loi nouvelle, la puissance maritale s'opposait à ce que la femme soit conseil judiciaire de son mari et qu'actuellement les principes ne s'opposent plus à un tel choix, que ce soit pour le mari ou pour toute autre personne. Il était évidemment logique, sous l'empire du Code civil, de ne pas permettre un tel choix, car, pour certains actes, la situation devenait invraisemblable, la femme conseil judiciaire de son mari assistant celui-ci pour l'autoriser elle-même. La Cour de cassation (45) admettait que les dispositions de l'ancien art. 222 C. civ. devaient s'appliquer quand le mari était soit interdit, soit pourvu d'un conseil judiciaire et que la femme pouvait s'adresser à la justice pour demander l'autorisation nécessaire.

A l'heure actuelle, la femme peut être conseil judiciaire de son mari, mais M. Lalou fait très justement remarquer que les limitations prévues par l'art. 215 joueront et qu'en fait tout dépendra du régime matrimonial adopté. M. Lalou envisage la situation sous les divers régimes matrimoniaux; puisque, dans certains cas, l'autorisation du mari sera nécessaire pour engager par exemple les biens communs, M. Lalou se demande alors si la femme devra recourir à

---

(43) D. P. 1939 p. 38, note Lalou ; *Sem. Jur.* 1939, p. 1016, note Dallant ; *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1939 p. 459, note Lagarde.

(44) T. C. Semur, 16 janvier 1861 ; D. P. 1862.3.59.

(45) Cass. Civ. 5 juillet 1921 . D. P. 1921.1.214.

l'autorisation de justice ou faire désigner un conseil ad hoc pour l'opération qui rend nécessaire l'autorisation du mari. M. Lalou croit qu'il n'y avait aucun motif de modifier la jurisprudence antérieure sur l'incompatibilité de la fonction de conseil judiciaire et de l'état de femme mariée, car, en fait, rien ne sera changé sous l'empire de cette nouvelle capacité assez théorique. Il estime que les juges du tribunal civil de la Seine ont été amenés à cette décision parce qu'en l'espèce, la dame Beaumont paraissait avoir l'expérience des affaires et qu'il ne faut pas donner trop d'importance doctrinale à ce jugement.

Dans l'ensemble, ces abrogations sont heureuses, puisqu'elles sont en harmonie avec les nouvelles dispositions de la loi du 18 février 1938 et aussi parce qu'elles remédient au caractère vexatoire des précautions prises par le Code civil vis-à-vis de la femme remariée. Mais le choix des articles à abroger a été mal fait ; il eut été logique, par exemple, d'abroger les art. 391, 395, 396 al. 2 et 480. Il eut été préférable de dire qu'aucune des règles sur la puissance paternelle et la tutelle ne seraient abrogées et de réserver pour plus tard la réforme de ces matières.

Ce sont, comme dit M. Ancel (46), des demi-mesures.

## § 2. — *Les répercussions de la nouvelle loi sur la nationalité de la femme mariée*

Depuis la loi nouvelle, la femme pourra-t-elle, à son gré et sans autorisation de son mari, changer de nationalité ?

Rien dans le texte de la loi du 18 février 1938 n'a trait à la nationalité, mais une circulaire du Garde des sceaux du 18 février 1938 (47) a prévu les répercussions de cette loi sur la naturalisation ou la réintégration dans la natio-

---

(46) Op. cit. p. 165.

(47) *J. O.* 21-22 février 1939,

nalité française de la femme mariée. Désormais, dit cette circulaire, la femme a donc légalement entière capacité pour changer de nationalité et la recevabilité d'une demande de naturalisation ou de réintégration de sa part ne peut plus être subordonnée à l'autorisation maritale. Mais cette circulaire recommande à la Chancellerie de toujours se renseigner sur le sentiment du mari, chef de famille, à l'égard de la demande formée par sa femme ainsi que sur ses intentions quant au lieu de l'établissement de la famille, car ce changement de nationalité peut avoir une influence sur la nationalité des enfants à naître. Cette circulaire ajoute que cette enquête sur l'opinion du mari serait évidemment sans objet en cas de disparition, d'absence, d'interdiction ou d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté.

M. Ancel (48) énumère un certain nombre d'actes par lesquels un individu peut soit perdre, soit acquérir la nationalité française et sur lesquels la loi nouvelle peut avoir une certaine influence. Il y a d'abord la déclaration faite par un individu né en France, de parents étrangers, domicilié en France, qui réclame notre nationalité devant le juge de paix lorsqu'il a plus de 16 ans (art. 3 de la loi du 10 août 1927). Cette déclaration peut être faite par une femme mariée ; à 21 ans, elle acquerra automatiquement notre nationalité si elle est domiciliée en France et même si elle est mariée à un étranger, mais, si elle ne veut pas acquérir notre nationalité, elle devra procéder à une répudiation expresse devant le juge de paix de son domicile. L'art. 2 et l'art. 9 al. 3 de la loi de 1927 prévoient d'autres cas de répudiation de la nationalité française. Dans tous ces cas, on doit admettre que la femme mariée n'a plus

---

(48) Op. cit. p. 134 à 136.

à demander l'autorisation maritale pour acquérir ou répudier notre nationalité.

Désormais, la femme mariée française pourra changer à son gré de nationalité (49). Il en est de même pour la femme mariée étrangère qui veut se faire naturaliser française ou qui veut réintégrer notre nationalité, si, par exemple, elle est abandonnée par son mari étranger, car, malgré la règle qui veut que la capacité des personnes soit régie par leur statut personnel, la Cour de cassation (50) soumet tout ce qui a trait à la nationalité à la seule compétence de la loi française. - Jusqu'en 1938, la femme mariée étrangère devait être autorisée par son mari ou, à défaut, par la justice.

M. Ancel (51) insiste sur la différence qui existe entre la déclaration de nationalité et la naturalisation qui est une faveur accordée par le Gouvernement français. La Chancellerie statuera après enquête recommandée par la circulaire du 19 février 1938 sur les objections du mari, car il est exact que le but de la naturalisation est de faire des familles françaises en fait et non pas seulement sur le papier.

Toutefois, M. Ancel craint qu'on en revienne à l'autorisation maritale et qu'on donne trop de valeur à la formule : « le mari, chef de famille ».

Signalons enfin pour être complet que l'art. 8 de la loi du 8 août 1937, sur la faculté d'option accordée à la femme par mariage, a été modifié par le décret-loi du 12 novembre 1938. Dans un but de surveillance des natu-

---

(49) Savatier, *op. cit.* p. 63.

(50) Cass. Chambres réunies, 2-2-1921 ; S. 1921.1.113.

(51) *Op. cit.* p. 136.

ralisations, l'acquisition automatique de la nationalité française est abolie. Il faudra donc que l'étrangère souscrive une déclaration avant la célébration de son mariage et cette déclaration n'aura effet que six mois après (art. 8 al. 1 et 2). L'al. 3 prévoit que certaines femmes, en particulier celles qui sont expulsées de notre territoire, ne peuvent user de ce procédé.

De même, il n'y a plus de perte automatique de la nationalité française, car, par l'art. 8 bis nouveau, il faudra que la femme française, pour perdre notre nationalité, fasse, à la célébration de son mariage, une déclaration expresse antérieure.

Telles sont les nouvelles règles qui président aux changements de nationalité de la femme mariée.

---

## CHAPITRE II

### **La résidence du ménage et de la femme**

Ce chapitre sera consacré à l'étude de la résidence du ménage et de la femme.

Dans une première section, nous examinerons les nouvelles dispositions de l'art. 213 qui accorde au mari le droit de fixer la résidence du ménage et, dans une deuxième section, les modifications apportées par la nouvelle loi aux art. 236 et 238 concernant la résidence de la femme en instance de divorce ou de séparation de corps.

#### **1<sup>re</sup> SECTION. — LA RÉSIDENCE DU MÉNAGE ET DE LA FEMME PENDANT LE MARIAGE**

Aux termes du nouvel art. 213, le mari, chef de famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir. Un droit de recours au tribunal statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari.

Le projet de 1932 avait, dans la rédaction de l'art. 213, stipulé que « les époux sont tenus de vivre en commun et que le mari a le choix de la résidence du ménage ».

En raison d'un amendement déposé par M. Pernod et

adopté dans la séance du Sénat du 8 décembre 1936, outre la notion de chef de famille, on voit apparaître, dans la rédaction du nouvel art. 213, ce droit de recours devant le tribunal.

### § 1. — *Le devoir de cohabitation des époux*

Sous l'empire du Code civil, le devoir de cohabitation dérivait de l'art. 214.

Nous avons dit que c'était une des plus importantes obligations nées du mariage, car, si les époux ne vivent pas sous le même toit, on peut dire qu'il n'y a plus mariage et que l'accomplissement du devoir conjugal ne sera plus qu'un vain mot. La loi nouvelle n'a pas abrogé ce devoir de cohabitation. Les époux sont toujours tenus de vivre sous le même toit, mais ce devoir de cohabitation ne sera pas sanctionné aussi sévèrement que par le passé et ne sera plus désormais aussi étendu pour la femme. La loi de 1938 rejoint sur ce point certaines décisions jurisprudentielles isolées qui, sous l'empire des principes du Code de 1804, avaient admis que la femme pouvait, dans certains cas, ne pas habiter avec son mari si celui-ci abusait de ses droits, ne tenait pas compte des besoins de sa femme ou ne remplissait pas ses devoirs vis-à-vis d'elle (1).

Depuis la promulgation de la loi nouvelle, le mari n'a plus le droit de faire ramener « manu militari » sa femme au domicile conjugal. Nous savons que, si pratiquement il n'en était plus ainsi à l'heure actuelle, le texte de l'art. 213 nouveau s'y oppose formellement. Nous savons aussi que la sanction pratique de cohabitation était devenue très largement pécuniaire. Certains tribunaux avaient, en effet, condamné la femme à réintégrer le domicile conjugal

---

(1) Cass. 8 avril 1936, D. H. 1936 p. 314.

dans un certain délai, sous la contrainte du paiement d'une astreinte pécuniaire. D'autres dispensaient le mari de lui verser une pension alimentaire ou ordonnait la saisie des revenus de la femme. Dans quelle mesure ces sanctions pécuniaires subsistent-elles ? La femme a maintenant le droit de se pourvoir en justice contre la décision du mari. Si le tribunal estime que la femme doit, dans l'intérêt du ménage, résider au lieu fixé par le mari, ce dernier ne pourra jamais recourir à la force publique, si sa femme refuse de se conformer à la décision de la justice, mais nous croyons qu'il aura encore à sa disposition les sanctions pécuniaires, qui existaient avant la loi de 1938 (2). Il pourra aussi évidemment obtenir le divorce à son profit, refuser de verser à sa femme de l'argent, une pension alimentaire ou les revenus des biens communs et des biens propres de la femme, dont il a l'administration et la jouissance sous certains régimes. Puisque sa femme, après une décision de justice sanctionnant la décision du mari, ne remplit pas le devoir de cohabitation, le mari n'a plus à sa charge l'obligation d'entretien de la femme (3).

La jurisprudence a déjà fait une application de cette corrélation entre le devoir d'entretien et le devoir de cohabitation consacrée par la loi nouvelle, qui en cela n'a fait que suivre les principes anciens.

Aux termes d'un jugement du tribunal civil de Valence du 5 juillet 1938 (4), il a été jugé que si le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire à ses besoins, la femme a l'obligation corrélatrice d'habiter avec son mari et elle ne peut, en s'affranchissant de son

---

(2) Ancel, op. cit. p. 80.

(3) Savatier, op. cit. p. 58.

(4) S. 1928.2.214.

obligation, demander que le mari exécute la sienne. En conséquence, la femme qui, après avoir abandonné le domicile conjugal, a succombé dans une demande en séparation de corps, ne peut réclamer judiciairement à son mari une pension alimentaire pour l'avenir, alors qu'elle persévère dans sa détermination de vivre éloignée du domicile conjugal.

Quant au droit du mari de saisir les revenus, dont la femme avait la disposition et qui échappaient au mari, nous croyons, avec M. Esmein (5), que le mari, après la loi du 18 février 1938, n'aura plus ce droit, car ce procédé de contrainte n'est certainement plus en harmonie avec les principes nouveaux. Par contre, nous croyons que, même sous l'empire de la loi nouvelle, le mari pourra faire condamner sa femme à des dommages et intérêts avec astreintes.

Comme par le passé, le mari ne pourra contraindre sa femme à la cohabitation que s'il est en mesure de justifier d'une résidence fixe et stable et que s'il remplit, vis-à-vis d'elle, les devoirs de protection, de secours, d'assistance qu'implique la nouvelle qualité de chef de famille qui lui est attribuée.

C'est avec raison qu'on a insisté sur le caractère réciproque pris désormais par la plupart des devoirs entre époux et c'est pour cela d'ailleurs que, dans ce cas-là, le recours au Tribunal permettra à la femme de faire valoir ses droits et de critiquer la fixation de la résidence commune, car, si un des époux veut exiger l'exécution de l'une des obligations nées du mariage, il doit exécuter d'abord celles qui sont à sa charge. Enfin, nous devons ajouter que le devoir de cohabitation existant, nous pouvons encore voir

---

(5) *Sem. Jur.* 20 mars 1938, p. 55.

des arrêts ou jugements accordant à la femme le droit de se faire ouvrir, avec l'aide du commissaire de police, les portes du domicile conjugal ou condamnant le mari à servir à son épouse une pension alimentaire ou des dommages et intérêts avec astreintes.

Si ces sanctions sont moins impérieuses que par le passé, l'étendue de ce devoir de cohabitation a été réduite par la loi nouvelle. La femme n'est plus tenue de suivre son mari partout où il juge à propos de résider, comme le disait l'art. 214 ancien. On ne verra plus un mari obliger sa femme à le suivre aux colonies si l'intérêt du ménage ne l'exige pas. Ce devoir de cohabitation sera aussi moins étendu pour la femme sous l'empire de la loi nouvelle, parce que le choix de la résidence par le mari ne sera plus arbitraire et que la femme aura un recours devant le tribunal.

La loi nouvelle a donc établi une nouvelle réglementation du devoir de cohabitation.

*§ 2. — Le choix par le mari de la résidence  
et le recours de la femme devant le tribunal*

Désormais, le mari, chef de famille, a le choix de la résidence du ménage. Ce droit est une des deux prérogatives expresses accordées par la loi nouvelle au mari. C'est une conséquence du principe de la prédominance maritale consacré par le nouvel art. 213.

Nous verrons qu'en cas de fixation abusive de cette résidence par le mari, la femme aura un recours devant le tribunal et que sa décision ne sera plus sans appel ; remarquons que « l'intérêt du prestige du chef de famille » a été sauvegardé puisque le mari prendra une décision, que la femme devra saisir le juge, faire comme demanderesse, la preuve que cette décision n'a pas été dictée par l'intérêt

de la famille. Il y a là une nuance qu'il convient de marquer, comme M. Ancel le fait très justement (6).

Ce recours n'avait pas été prévu par le projet de 1932. Par contre, le texte préparé par la Société d'études législatives après le rapport de M. Rouast (7) avait admis le principe d'un tel recours. C'est lors de la séance du Sénat du 8 décembre 1936 que la Commission de législation de la Haute-Assemblée a proposé la rédaction actuelle de l'art. 213. Avant d'apprécier la réforme, il convient d'étudier la procédure de ce recours.

Ce recours s'exercera devant la Chambre du Conseil du tribunal civil. Le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel la résidence conjugale est placée ; ce sera, soit l'ancienne résidence, si la femme se plaint d'un projet de changement de résidence non encore effectué, soit la nouvelle résidence, si la femme n'exerce son recours qu'après ce changement (8).

La femme, par l'intermédiaire d'un avoué, présentera une requête au président du tribunal. Elle exposera quels sont les motifs pour lesquels elle n'est pas d'accord avec son mari pour le choix de la résidence commune. L'assistance judiciaire sera accordée de plein droit à la femme qui en fait la demande, aux termes de l'al. 5 de l'art. 216. La femme, dans cette demande d'assistance judiciaire, n'aura aucune justification d'indigence à fournir, mais elle ne sera pas tenue de demander l'assistance judiciaire si elle veut assumer les frais de la procédure. Devant la Chambre du Conseil du tribunal, le ministère public sera entendu et le mari dûment appelé fournira des explica-

---

(6) *Op. cit.* p. 74.

(7) *Bulletin de la Société* 1934 p. 87.

(8) *Aynes, op. cit.* p. 55.

tions pour justifier son choix. Le tribunal, en présence des opinions exposées devant lui par le mari et la femme, rendra un jugement qui malheureusement sera susceptible d'être attaqué par les voies de recours ordinaires. Le tribunal, en se plaçant au point de vue de l'intérêt du ménage, aura à décider si le choix du mari est ou non abusif, car le texte de l'art. 213 semble faire du caractère abusif de la décision du mari une condition de la recevabilité du recours (9). Le jugement doit constater cet abus du droit, sinon il s'exposerait au contrôle de la Cour de cassation. Pour apprécier si le choix est ou non abusif, les juges auront un vaste pouvoir d'appréciation. Si le tribunal estime que la demande de la femme est injustifiée, il la débouterait, mais que fera-t-il s'il estime que la décision du mari est abusive ? C'est un des problèmes délicats que pose le nouvel art. 213, car ce texte ne dit malheureusement pas ce que devra ordonner ou décider le tribunal, s'il estime que la demande de la femme est fondée. Fixera-t-il lui-même la résidence du ménage, en se substituant au chef de famille et en forçant le mari à habiter au lieu fixé par lui ? Nous croyons qu'en aucun cas le tribunal n'aura le pouvoir de fixer la résidence du ménage et qu'il ne pourra qu'autoriser la femme à avoir une résidence séparée, sans d'ailleurs lui en assigner une, par analogie aux

---

(9) Ancel, op. cit. p. 77. Il résulte d'une décision rendue par le Tribunal Civil de Bordeaux, en date du 10 avril 1940 (G. P. 1940.1.457) que le caractère abusif de la fixation de la résidence du ménage par le mari dépendra des circonstances que le Tribunal aura à apprécier. En l'espèce, la femme invoquait son état de santé pour ne pas rejoindre son mari, fonctionnaire colonial. Le tribunal a estimé que, le mari n'étant pas libre de choisir sa résidence et l'état de santé de la femme n'étant pas incompatible avec son départ pour les colonies, il convenait de rejeter le recours formé par la femme.

nouvelles dispositions de l'art. 236 C. civ. C'est l'avis de M. Nast (10) qui estime que la décision du juge ne peut être qu'une simple autorisation de résidence séparée. C'est aussi l'avis de M. Ancel qui admet qu'une décision abusive pour la femme peut être, à certains égards, justifiée pour le mari et que, dans ce cas, la femme sera autorisée à ne plus cohabiter avec lui, tant que son mari résidera au lieu choisi par lui, car on ne comprendrait pas que le tribunal fixe en définitive la résidence du mari. Seul peut-être M. Savatier ne semble pas l'admettre (11).

Si cette solution semble logique, elle a aussi l'avantage de s'appuyer sur un argument de texte. Dans le projet élaboré par la Société d'études législatives, le 8 mars 1933, la rédaction de l'art. 213 était la suivante : « Les époux choisissent ensemble le lieu de la résidence du ménage. En cas de désaccord, le choix appartient au mari, sauf en cas de recours de la femme mariée devant le président du tribunal qui pourra l'autoriser à avoir une résidence séparée. »

Il semble que le législateur ait suivi l'opinion de la Société d'études législatives puisque par la suite il a admis une nouvelle rédaction de l'art. 213 dans le sens proposé par cette Société. M. Besnard (12) est persuadé que cette autorisation de résidence séparée donnée à la femme par le tribunal est la seule solution mais souhaite que, pour pallier aux inconvénients d'ordre moral dont nous ferons état, les tribunaux n'accordent cette autorisation que pour un laps de temps déterminé, quitte à la renouveler. M. Esmein (13) admet cette solution et croit que, si le tribunal

---

(10) *Op. cit.* p. 77.

(11) *Op. cit.* p. 59.

(12) *Revue du notariat*, 15.4.38, 2<sup>e</sup> partie, p. 82 et s.

(13) *Sem. Jur.*, *op. cit.* p. 56.

ne fixe pas le montant d'une pension alimentaire, le mandat domestique persistera, puisque nous serons en présence d'une séparation non de fait mais légale de résidence.

Enfin, si un nouveau changement de résidence survient, si la situation de la famille change, la femme pourra intenter à nouveau un recours et le tribunal retenir comme abusive cette décision, quoiqu'il ne l'ait pas fait quelques années avant. La décision du mari est donc « soumise » à un contrôle permanent de la justice (14).

Pour la même raison, cette autorisation de résidence séparée donnée à la femme par le tribunal sera susceptible d'être révoquée si, par la suite, l'abus commis par le mari vient à prendre fin. Le texte de l'art. 213 ne le dit pas, mais cette solution semble logique. Plus délicate sera la question de savoir si, en cas d'autorisation de résidence séparée, les enfants devront habiter avec la femme ou le mari ? (15) Y aura-t-il une instance spéciale qui permettra au tribunal de statuer sur la garde des enfants ou le recours de l'art. 213 englobera-t-il cette question accessoire mais primordiale pour l'intérêt de la famille ?

Nous posons la question sans la résoudre, attendant sur ce point une décision de jurisprudence.

Il y a enfin une autre hypothèse : la femme ne sera plus tenue d'habiter à la résidence choisie par le mari lorsque celui-ci aura, dans les cas prévus à l'art. 213 al. 3, perdu sa qualité de chef de famille. Cette solution est admise par tous les auteurs.

Telles sont les diverses dispositions de la loi nouvelle sur la résidence du ménage. Que doit-on en penser ? Le

---

(14) Aynes, op. cit. p. 57.

(15) Nast, op. cit. p. 4.

rapporteur au Sénat, M. Renoult, a prétendu que le droit pour la femme mariée d'user de cette voie de recours constituerait un véritable frein aux abus éventuels de l'autorité maritale et inciterait au surplus les époux, par la seule perspective d'une décision judiciaire qui ne manquerait pas de s'inspirer de l'intérêt exclusif de la famille, à rechercher eux-mêmes des accords amiables, infiniment souhaitables pour la paix du ménage (16). Il avait prévu une critique que certains auteurs ont faite d'ailleurs, avec raison. M. Nast (17) se demande si l'espoir exprimé par M. Renoult sera justifié, car il craint que la perspective d'un recours de la femme ne soit une cause de dissension entre les époux et que la femme, au lieu d'exercer ce recours, préférera quitter le domicile conjugal et demander le divorce ou la séparation de corps.

M Ancel (18) redoute que cette autorisation de résidence séparée n'aboutisse qu'à une séparation de fait judiciairement établie. M. Ripert (19) avait critiqué « cette nouvelle séparation de corps au petit pied » ; comme le dit justement M Aynes (20), résidence séparée, pension alimentaire, on est très près de la procédure du divorce et c'est ce qui fait le danger de cette mesure, surtout si le tribunal, saisi de ce recours, statue sur la garde des enfants communs et prend des mesures conservatoires ; ces mesures seront cause de dissensions entre époux ; elles hâteront la séparation définitive. Nous croyons ces remarques justes. Pour M. Ancel (21), le danger serait le même si, en cas d'abus évident de

(16) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, annexe n° 78.

(17) *Op. cit.* p. 4.

(18) *Op. cit.* p. 78.

(19) *Bulletin de la Société* 1935, p. 45.

(20) *Op. cit.* p. 60.

la part du mari, on s'en remettait purement et simplement à la décision du mari, juge sans appel, car la femme demanderait rapidement le divorce et ce recours aura au moins le mérite d'apporter des limites au bon vouloir du mari et le forcera peut-être à réfléchir avant ou pendant l'instance.

La pratique nous montrera si ce recours est préjudiciable ou non à la cohésion de la famille. Les tribunaux ne devront pas oublier que le mari reste le chef de la famille et que toutes leurs décisions rendues en cette matière doivent sauvegarder les intérêts de la cellule familiale.

### III. — LE DOMICILE DE LA FEMME MARIÉE

Tout ce qui vient d'être dit a trait seulement à la résidence du ménage et non point au domicile des époux et de la femme mariée. La loi nouvelle n'a apporté aucun changement à l'art. 108 du Code civil, aux termes duquel la femme mariée, non séparée de corps, n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Dans le projet de 1932 (22), la rédaction de l'art. 108 était différente et la femme, qui exerçait une profession distincte ou un commerce séparé, pouvait avoir un domicile propre. M. Ripert, devant la Société d'études législatives, avait fait très justement remarquer que cette différence entre les femmes commerçantes et les autres n'était pas justifiée (23). D'autres ont jugé cette différence dangereuse pour l'unité de la famille. D'ailleurs, la jurisprudence a toujours admis que la femme commerçante pouvait avoir, en temps que commerçante, un domicile spécial, un domicile professionnel. La Commission de législation du Sénat avait été aussi saisie d'une nouvelle

---

(22) *J. O.*, Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594.

(23) *B.S.E.L.* 1935, p. 57.

rédaction de l'art. 108 du Code civil par la Société d'études législatives. Cette rédaction était la suivante : La femme mariée a pour domicile celui de son mari, à moins que l'obligation légale de cohabitation n'ait pris fin ou qu'il soit constaté par le juge de paix du dernier domicile commun que la cohabitation a cessé par la faute du mari. » Cette rédaction, ayant le tort de mélanger les deux notions distinctes de cohabitation et de domicile, a été rejetée par la Commission de législation du Sénat, ce qui a fait dire à certains que, d'après les travaux préparatoires, il ne fait aucun doute que la femme, autorisée à résider séparément, restera domiciliée en droit chez son mari (24).

Donc, sous l'empire de la nouvelle loi, le domicile de la femme mariée reste chez son mari ; c'est un domicile légal. Devant la Société d'études législatives, M. Ripert (25) avait demandé l'abrogation pure et simple de l'art. 108 sous le prétexte que la femme, n'étant plus incapable, ne devait plus avoir un domicile légal, un domicile d'emprunt, comme un mineur. Son domicile serait alors, aux termes de l'art. 102 du Code civil, au lieu où elle a son principal établissement.

M. Ancel (26) a montré tous les avantages de cette opinion, surtout quand, en fait, la femme ne résidera pas avec son mari. Pour cet auteur, cela provient d'une confusion entre les notions de domicile et de résidence.

Il semble enfin qu'avec le maintien de l'art. 108 le domicile de la femme reste chez son mari même dans les cas prévus par l'art. 213 al. 3, où le mari n'est plus chef de famille et aussi pendant l'instance en divorce, le domicile légal de la femme restant chez son mari (27).

---

(24) Savatier, op. cit. p. 59 et 60.

(25) B.S.E.L. 1935, p. 61.

(26) Op. cit. p. 81.

(27) Savatier, op. cit. p. 62 et 63.

Si l'abrogation de l'art. 108 du Code civil al. 1 eût été peut-être une réforme logique, elle aurait été dangereuse pour l'unité de la famille.

SECTION II. — LA RÉSIDENCE DE LA FEMME  
EN INSTANCE DE DIVORCE OU DE SÉPARATION DE CORPS

1° *Les nouvelles dispositions des articles 236 et 238  
du Code civil*

L'art. 236 du Code civil est désormais ainsi conçu : « Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément. »

La loi nouvelle a donc supprimé le membre de phrase qui terminait ledit article, « en indiquant s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire ».

Le projet de 1932 contenait déjà cette modification ; par contre, aucun changement n'était apporté à l'al. 5 de l'art. 238 du Code civil, qui prévoyait que, lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer en tout état de cause en référé sur la résidence de la femme.

C'est sur la demande de M. Pernod que le Sénat a, dans sa séance du 19 mars 1937, apporté deux modifications à la teneur de l'art. 238 du Code civil, concernant l'abrogation de l'al. 4, qui prescrivait que, par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et l'al. 5, dans lequel était omis le membre de phrase final : « sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer en tout état de cause, en référé,

sur la résidence de la femme » (28). Ainsi ce texte était mis en harmonie avec le nouvel art. 236.

Signalons aussi que l'art. 2 de la loi nouvelle a abrogé l'art. 241 du Code civil, aux termes duquel la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

Après les modifications de l'art. 236, cet art. 241, qui édictait les sanctions du défaut de justification de résidence, n'avait plus de raison d'être.

La loi nouvelle effaçait ainsi pour la femme des dispositions vexatoires et d'ailleurs inutiles.

Ces modifications consacrent un état de fait : à savoir que les tentatives de conciliation dans le cabinet du président du tribunal ne sont plus dans la procédure en divorce qu'une simple formalité, ce qui est fâcheux. Il était donc nécessaire d'accorder moins de conséquences juridiques à l'ordonnance de non-conciliation en ce qui concerne la résidence de la femme en instance de divorce, car les sanctions de l'art. 214 étaient fort graves pour la femme qui ne voulait pas résider au lieu fixé par le tribunal. Quoique la jurisprudence n'en ait pas fait une application rigoureuse et stricte, cet article 214 a donné lieu à quelques décisions judiciaires qui rejetaient la demande du mari tendant à faire déclarer la femme non recevable à continuer ses poursuites (29), notamment quand la femme, autorisée par l'ordonnance de non-conciliation à résider chez ses parents,

(28) *J. O.*, Déb. parl. 1937, p. 261.

(29) Cass. civ. 11 avril 1922, S. 1922, p. 1920 ; Colmar, 15 mai 1931 ; G. P. 1932.2.154 ; Lyon 19 mai 1932, S. 1935.2.114.

les suivait dans un nouveau domicile ou quittait la résidence qui lui était fixée pour se livrer plus facilement à ses occupations professionnelles, mais le mari en profitait toujours pour suspendre le paiement de la pension alimentaire tant que le tribunal n'avait pas statué. Ces textes étaient pour la femme la cause de nombreux soucis et de beaucoup de frais (30).

En tout état de cause, on peut affirmer qu'il y avait là une profonde injustice ; quand le mari était demandeur en divorce, le magistrat conciliateur ne lui assignait pas une résidence, il pouvait résider où bon lui semble ; au contraire, quand c'était la femme, le président déterminait de façon précise le lieu où elle était tenue de résider et la femme ne pouvait quitter cette résidence qu'avec la permission du juge ou du mari. En effet, il n'est plus utile dans ce cas de sauvegarder l'unité de la famille, puisque le mal est déjà fait.

Cette réforme des dispositions des art. 236 et 238 du Code civil est donc très heureuse. On peut regretter seulement que l'al. 2 de l'art. 238 mentionne encore que le juge, le jour de la conciliation, statuera à nouveau sur la résidence de l'époux demandeur. Cette précision semble sans objet.

M Ancel (31) signale une répercussion inattendue des nouveaux art. 236 et 238 du Code civil en matière de filiation. Pour lui, avec la nouvelle rédaction de l'art. 313 du Code civil qui, après la réforme de la loi du 19 février 1933, permet au mari de désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance prévue à l'art. 236, après la loi de 1938, il suffit pour que le désaveu soit possible que la

---

(31) Ancel, p. 163.

femme ait été autorisée à résider séparément, quoique l'art. 236 ne parle que d'une autorisation de résidence séparée accordée à l'époux demandeur.

§ 2. — *Les applications jurisprudentielles des nouveaux articles 236 et 238*

De nombreux jugements ont déjà sanctionné les nouvelles dispositions des art. 236 et 238 nouveaux.

Le tribunal civil de Lyon, par jugement en date du 25 février 1938 (32), s'est déclaré incompétent, car, aux termes du nouvel art. 238, le président des référés ne peut plus, en tout état de cause, statuer sur la résidence de la femme et pendant la durée de cette instance, la femme est désormais libre de résider où bon lui semble. En l'espèce, la femme habitant avec son amant dans le même immeuble que le mari, celui-ci demanda au président du tribunal, statuant en référé, qu'on assigne un autre domicile à sa femme ou qu'on ordonne son expulsion du domicile de son amant. Sa demande fut rejetée ; sa femme, autorisée à résider séparément, pouvait vivre où bon lui semble, même chez son amant, sans qu'on puisse l'en expulser.

Les conditions de fait de cette espèce soumise au tribunal civil montre toute l'étendue de la réforme.

De même, un jugement du tribunal civil de Casablanca, en date du 23 août 1938 (33), stipule que la femme française ne se voit plus attribuer une résidence forcée et n'encourt plus aucune déchéance, si elle se déplace au cours de l'instance en divorce ; ainsi autorisée à résider séparément, elle acquiert un droit nouveau, celui du libre choix de sa résidence.

(32) G. P. 29 avril 1938.

(33) La loi du 6 janvier 1939.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 8 décembre 1938 (34) a rendu une décision dans le même sens.

Enfin, un jugement du tribunal civil de la Seine du 23 mai 1939 (35), dont nous avons déjà parlé en ce qui concerne l'application dans le temps de la nouvelle loi, a prescrit que, dès le jour de la promulgation de la loi, le mari ne pouvait plus faire déclarer sa femme irrecevable à continuer ses poursuites de divorce, faute par elle d'avoir justifié de sa résidence au lieu qui lui a été assigné par un arrêt rendu sous l'empire de l'ancienne législation et qu'il n'y avait pas pour lui un droit acquis au bénéfice des sanctions de l'ancien art. 241 du Code civil.

Telles sont les décisions jurisprudentielles qui ont sanctionné ces nouvelles dispositions. Elles sont nombreuses, parce qu'elles interviennent au moment où les époux sont déjà séparés et qu'ils n'hésitent pas à faire de la procédure pour assouvir leur rancœur. Elles montrent aussi que, pour les femmes, la réforme sur ce point de la loi nouvelle est d'une certaine importance.

---

(34) G. T. Maroc 4 mars 1938.

(35) G. P. 30 juin 1939.



## CHAPITRE III

### **L'exercice d'une profession par la femme mariée**

Le nouvel art. 216 al. 1 du Code civil est ainsi conçu : « Le mari peut, sauf dans les cas prévus par le 3<sup>e</sup> alinéa de l'art. 213, s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée » ; il institue les règles désormais applicables à la profession de la femme mariée. Il apparaît à la lecture de cet article que, désormais, la femme est libre de choisir telle profession qu'il lui plaira, sauf opposition du mari.

Certains ont, avec juste raison, cru voir dans cet art. 216 du Code civil une des limitations prévues par l'art. 215 al. 2 à la capacité nouvelle de la femme mariée, mais il est plus exact encore de dire que nous nous trouvons en présence d'une des prérogatives expresses que la nouvelle loi attache à la qualité de chef de famille du mari, puisque, dans les cas prévus par l'art. 213 al. 3, où il perdra cette qualité, il n'aura plus ce droit d'opposition.

Enfin, il convient de dire que, si nous avons placé cette étude dans la deuxième partie de notre travail, c'est parce que nous croyons que le choix et l'exercice d'une profession relève directement du statut personnel (1). La nouvelle

---

(1) P. Chauveau. D.H. 1939, chr. p. 5.

opposition du mari sera plutôt une restriction à la liberté de la femme qu'une véritable incapacité. L'art. 216 vise aussi bien l'activité professionnelle dont on ne tire aucun subside que la profession proprement dite se traduisant par des actes juridiques (2).

Une première section sera consacrée à l'histoire législative de cet art. 216 ; une deuxième à la profession commerciale, une troisième à la profession non commerciale.

#### SECTION I. — L'HISTOIRE LÉGISLATIVE DU NOUVEL ARTICLE 216

Dans le projet gouvernemental de 1932, l'art. 216 était ainsi conçu : « Le mari peut demander au tribunal civil du domicile commun, ou, s'il y a lieu, du domicile de la femme d'apporter à l'exercice de la capacité de celle-ci les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage ». Les autres alinéas décrivaient la procédure de ce recours devant le tribunal et l'al. 4, entre autres, prévoyait qu'en cas d'urgence le président du tribunal pourrait, par ordonnance de référé, donner au mari l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. C'était la reproduction de l'ancien art. 2 de la loi du 13 juillet 1907. L'exposé des motifs justifiait ce texte qui avait pour but l'intérêt du ménage et de la femme elle-même, puisqu'il tenait compte du fait que toutes les femmes ne sont pas encore aptes à jouir de la plénitude de leurs droits et que la procédure envisagée permettra de corriger en pratique les abus révélés par l'expérience (3).

De plus, le projet de 1932 maintenait expressément tous les articles du Code de Commerce, notamment les art. 4 et 5 concernant la femme commerçante.

---

(2) Note Lagarde sous Versailles. 9 mars 1937. T.D.C. 1937, p. 601.

(3) J. O. Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594, p. 9.

La Commission de législation du Sénat conservait cette rédaction, mais étendait les pouvoirs du tribunal en lui permettant d'interdire à la femme d'accomplir tout acte préjudiciable aux intérêts de la famille. M. Renoult, dans son rapport annexé au projet de loi présenté par la Commission de législation (4), avait précisé que le texte de l'art 216 tel qu'il était proposé, lui paraissait assez large pour prévoir une opposition éventuelle de la part du mari à l'exercice d'une profession par la femme. Il préférait cette opposition à une autorisation maritale que ne devait plus connaître le système nouveau et qui au fond se rapprochait du consentement ancien qui était généralement tacite et résultait en somme de ce que le mari ne s'opposait pas à ladite profession.

Remarquons que cette restriction juridique à la capacité de la femme avait un champ d'application très étendu et que c'est le mari qui devait actionner la justice.

D'ailleurs, la nouvelle rédaction de la commission, présentée le 3 décembre 1936 (5), prévoyait expressément la possibilité pour le tribunal d'interdire à la femme l'exercice d'une profession. De plus, l'art. 215 réservait dans son al. 2, comme restriction à la pleine capacité de la femme, l'application de l'art. 4 C. com. On opposait désormais la femme commerçante qui ne pouvait exercer sa profession qu'avec le consentement préalable de son mari et la femme exerçant une profession non commerciale qui pouvait l'exercer librement sans consentement préalable de son mari, sauf si ce dernier opposait un veto judiciaire à cet exercice. D'ailleurs, le texte de l'art. 216 n'indiquait

---

(4) J. O. Doc. parl. Séant 1933, n° 404, p. 10.

(5) J. O. Doc. parl. Sénat 1936, annexe au n° 404,

pas quelle serait la sanction dans le cas où la femme ne se conformerait pas au refus du tribunal.

C'est le 8 décembre 1936 (6) devant le Sénat qu'une discussion assez confuse d'ailleurs, s'engagea sur la rédaction de cet art. 216. M. Pernod critiquait cette distinction entre professions commerciales et non commerciales, cette mise sur le même plan de l'exercice d'une profession et de la conclusion par la femme d'un acte juridique. Il proposait un droit de veto pour le mari à l'effet d'interdire à la femme l'exercice d'une profession, en soulignant le grand avantage qu'en retireraient les femmes abandonnées par leur mari. Pour lui, le texte de l'art. 216 entraînerait des difficultés d'application très grandes, puisque la sanction et la publicité de cette restriction n'avaient pas été prévues et que cette capacité nouvelle de la femme serait restreinte par cette éventualité d'interdiction judiciaire, car les tiers hésiteraient avant de contracter avec elle. Le Sénat, lors de la discussion de l'art. 216, était en présence d'un amendement déposé par M. Linyer qui édictait la nullité de tous les actes passés par la femme en violation de la défense du mari ou de la décision du tribunal, amendement qui avait pour objet l'organisation de la procédure et de la publicité de l'art. 216 proposé par la Commission et l'amendement de M. Pernod, aux termes duquel l'art. 216 ne viserait que l'exercice de la profession de la femme en prévoyant un droit de veto du mari dans l'intérêt du ménage ou de la famille, sauf recours de la femme devant le tribunal.

Le Sénat décida de renvoyer les deux amendements Linyer et Pernod devant la Commission de législation.

---

(6) J. O. Déb. parl. Sénat 1936, p. 1569.

Cette Commission rédigea un nouveau texte qui ne permettait plus au mari que de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée, sous réserve du droit de la femme de faire lever par le tribunal l'opposition du mari, si elle n'était pas justifiée par l'intérêt du ménage ou celui de la famille.

M. Renoult (7) précisait que, dans les cas graves, si le mari voulait faire réduire la capacité de la femme, il aurait à sa disposition les moyens du droit commun (interdiction, dation d'un conseil judiciaire) et insistait sur ce rôle de « frein » des abus de l'autorité maritale que serait ce recours judiciaire de la femme contre l'opposition du mari.

Le Sénat, lors de la séance du 18 février 1937 (8), fut appelé à délibérer sur un amendement déposé par MM. Leblanc et Gautherot aux termes duquel la femme ne peut exercer une profession séparée sans le consentement de son mari. Cet amendement avait pour but de mettre sur le même plan la situation de la femme commerçante et de celle exerçant une profession non commerciale. M. Leblanc, pour défendre son amendement, mettait en avant « les faillites morales », quand la femme exerce une profession immorale quoique non commerciale.

Après les interventions en sens contraire de MM. Pernod, Renoult et Violette, le Sénat rejetait cet amendement ainsi qu'un amendement Milliès-Lacroix qui, après avoir affirmé le droit pour la femme d'exercer une profession séparée, donnait au mari le droit de s'y opposer, sauf s'il y avait consenti auparavant, même tacitement, et ce, en lui donnant l'initiative de l'action devant le tribunal, alors

---

(7) J. O. Doc. parl. Sénat 1937, n° 78.

(8) J. O. Déb. parl. Sénat, D.P. 1937, p. 358.

que la rédaction de la Commission donnait cette initiative à la femme.

A la demande de M. Lefas, le Sénat enlevait au mari ce droit d'opposition dans les cas prévus à l'al. 3 de l'art. 213, quand le mari a perdu sa qualité de chef de famille. M. Lefas proposait aussi qu'un dernier alinéa de l'art. 216 devait prévoir que l'opposition valable du mari serait une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme, ce qui était adopté ainsi qu'un amendement de M. Milliès-Lacroix, décidant que l'assistance judiciaire serait accordée d'office à la femme en vue de l'exercice du recours prévue par l'art. 216 al. 2.

Après des discussions assez confuses devant le Sénat, l'art. 216 recevait sa rédaction définitive. Ajoutons que le Sénat supprimait dans l'art. 215 la réserve relative à l'art. 4 pour la remplacer par celle des restrictions résultant des limitations légales.

Le rapporteur devant la Chambre des députés, M. Deltre, étudie très longuement dans son rapport les diverses opinions qui ont été émises devant le Sénat et souligne les difficultés d'application que soulèvera ce nouvel art. 216. La suite de nos développements nous montrera que son opinion, qui est aussi la nôtre, était exacte.

## SECTION II. — L'EXERCICE D'UNE PROFESSION COMMERCIALE

Déjà sous l'empire du Code civil, on faisait une distinction entre les professions commerciales, dont la définition était donnée par les art. 632 et 633 C. com., et les professions non commerciales. La femme mariée ne pouvait être marchande publique aux termes de l'art. 4 C. com. qu'avec le consentement de son mari.

La jurisprudence, nous le savons, se contentait d'un con-

sentement tacite, exempt de forme et étendait les dispositions des art. 4 C. com. et 220 C. civ. aux professions non commerciales. Dans les deux cas, si ce consentement pouvait être tacite, il était néanmoins révocable et la jurisprudence nous a donné des exemples de révocation, surtout dans des espèces où la femme exerçait la profession d'actrice ou de vedette (9).

Une seule controverse subsistait : en cas de refus du mari, la femme pouvait-elle demander l'autorisation au tribunal ? Certains tribunaux l'ont admis, mais le consentement du mari était nécessaire à la femme mariée sous le régime de communauté afin que ses engagements professionnels puissent être exécutés sur les biens du mari et sur les biens communs. Fort heureusement la loi du 13 juillet 1907 lui avait donné de larges pouvoirs sur ses biens réservés.

Depuis la loi du 18 février 1938, on peut se poser la question de savoir si le nouvel art. 216, qui ne spécifie pas à quel genre de professions il s'applique, a abrogé ou non les art. 4 et 5 C. com. ?

Si l'on examine les travaux préparatoires, il semble bien qu'au début M. Renoult envisageait l'abrogation tacite de ces textes.

Dans l'exposé des motifs du projet de 1932 (10), ne parlait-il pas de la liberté nouvelle pour la femme d'exercer un commerce ou une profession séparée sans le consentement de son mari et, au cours de la séance du Sénat du 19 mars 1937 (11), en réponse aux paroles prononcées par

---

(9) Paris, 4 mars 1903. D. 3.2.144 . T.C. Seine 30.4.1930, Clunet 1930, p. 461. Affaire Moriss, Jeanne Aubert, Dufrenne et Varna.

(10) J. O. Doc. parl. Sénat 1932, annexe n° 594.

(11) J. O. Déb. parl. Sénat 1937, p. 347.

M. Leblanc pour soutenir son amendement, M. Renoult ne faisait aucune distinction entre les deux genres de professions, puisque, pour lui, l'art. 4 C. com. était abrogé par les nouvelles dispositions de l'art. 216. Notons en passant qu'il avait pourtant, lors de la séance du 3 décembre 1936 (12), affirmé que rien n'était changé à l'art. 4 C. com., dont l'application était strictement réservée par l'art. 215 C. civ.

Malgré les paroles de M. Renoult, il semble bien qu'il ressort des travaux préparatoires que l'art. 4 C. com. a été maintenu par la nouvelle loi. M. de Courtois a mis en avant la mise en faillite ou en liquidation judiciaire de la femme commerçante pour justifier son maintien ainsi que M. Pernod qui prétendait, lors de la séance du 19 mars 1937 (13), que l'abrogation des art. 4 et 5 C. com. était prématurée, car il faudrait abolir beaucoup d'autres dispositions du Code civil sur la femme marchande publique, qu'elle était en un sens dangereuse, car rien ne s'opposerait désormais à ce que la femme commerçante crée une société commerciale avec un tiers sans l'assistance de son mari. M. Leblanc, à la même séance, critiquait la différence de situation faite entre la femme commerçante et la femme exerçant une profession non commerciale. La non abrogation de ces deux articles n'a pu être mise en doute par eux. C'est aussi l'avis de M. Delattre (14) qui affirme leur maintien et qui a l'air de critiquer ces deux situations différentes, celle de la femme commerçante qui a besoin du consentement express ou tacite de son mari et celle de la

---

(12) J. O. Déb. parl. Sénat 1936, p. 1551.

(13) J. O. Déb. parl. Sénat 1937, p. 356.

(14) J. O. Doc. parl. Chambre 1937 n° 3331.

femme exerçant une profession non commerciale qui n'aura pas à justifier de ce consentement.

Enfin, il semble bien que la meilleure raison soit le maintien express de cet art. 4 dans le texte proposé par la Commission le 3 décembre 1936 (15) comme restriction à la nouvelle capacité de la femme.

D'ailleurs, à notre avis, qui est celui de la plupart des commentateurs de la nouvelle loi, l'art. 4 C. com. doit figurer au nombre de ces limitations légales prévues par la rédaction définitive de l'art. 215. M. Renoult n'a-t-il pas dit, lors de la séance du 19 mars 1937, que l'expression « limitations légales » engloberait l'art. 4 C. com. ?

Dans la doctrine, seul M. Bonnecase conclut à l'abrogation implicite de l'art. 4 C. com. (16). Pour lui, l'art. 216 doit s'appliquer à toutes les professions.

Par contre, MM. Nast (17), Savatier (18), Esmein (19), Julliot de la Morandière (20), Delachenal (21), Ancel (22), Paul Chauveau (23) sont persuadés que l'art. 4 C. com. n'a pas été abrogé, même implicitement. Si certains (24) ont paru regretter ce maintien, la justification est que, tant que subsistera comme régime légal le régime de la communauté, la femme ne pouvant engager les biens communs, il était utile pour elle d'obtenir le consentement de son

(15) J. O. Doc. parl. Sénat 1936, annexe n° 404.

(16) Op. cit. p. 27.

(17) Op. cit. p. 7.

(18) Op. cit. p. 61.

(19) Sem. jur. 20 mars 1938.

(20) Op. cit. p. 26.

(21) G. T. 20-22 mars 1938.

(22) Op. cit. p. 93 et 94.

(23) D. H. 1939, chr. p. 94.

(24) Percerou, R.G.D.C. 1938 p. 293. Voirin, D.H. 1934, chr. p. 65.

mari pour trouver du crédit. Cette opinion a surtout été mise en relief par M. Julliot de la Morandière (20). Ce consentement, qui peut être tacite ou exempt de formes, lui permettra de faire du commerce et lui donnera le pouvoir très appréciable d'engager la communauté (art. 5 C. com.). Quand la deuxième partie du projet de 1932 sera votée, alors l'abrogation de l'art. 4 C. com. sera logique.

Aucune modification n'a donc été apportée au droit antérieur en ce qui concerne la femme commerçante qui devra toujours obtenir le consentement préalable de son mari, ce dernier pouvant révoquer son consentement ; pour être commerçante, la femme doit comme par le passé exercer un commerce séparé de son mari, l'art. 5 § 2 étant maintenu (25).

Si cette distinction est illogique, en fait la situation sera identique et la femme mariée sera aussi capable d'exercer un négoce qu'une autre profession, car ce consentement préalable du mari n'est pas bien gênant, puisque tacite, exempt de forme et qu'il résultera pratiquement de la non opposition du mari, alors que, pour une profession non commerciale, le mari peut s'opposer à son exercice.

Nous croyons que la loi nouvelle aura une conséquence indirecte peut-être mais appréciable pour les femmes commerçantes abandonnées par leur mari. Une controverse existait sur le point de savoir si la femme commerçante, sur refus du mari, pouvait être autorisée par la justice ? Des jugements et arrêts l'avaient admis ainsi que la plupart des auteurs. Il y avait en tout cas une évolution très nette en ce sens.

Les principes nouveaux émis par la loi du 18 février

---

(25) Percerou, R.G.D.C. 1938 p. 294. P. Chauveau, D.H. 1939, chr. p. 94.

1938 tendent vers ce contrôle judiciaire du refus du mari. Désormais, la femme commerçante pourra, au cas de refus du mari, déférer cette décision au tribunal, ceci par une généralisation de l'art. 216. Cette solution semble admise par la plupart des auteurs (26). L'autorisation expresse du mari est encore nécessaire pour se faire inscrire sur le registre du commerce (art. 4 § 6 loi du 19 mars 1919). Mais l'inobservation de cette prescription ne diminuerait pas la capacité de la femme et ne modifierait pas la validité des actes accomplis par elle ; la sanction serait une simple pénalité et la qualité de commerçante ne dérive pas de cette inscription (27). La loi nouvelle sera, comme nous l'avons dit, appréciable pour la femme qui, abandonnée par son mari et voulant faire du commerce, pourra désormais s'adresser au tribunal.

M. Esmein (28) dit que, sans le consentement de son mari, la femme n'obligera ni la communauté, ni le mari et qu'en fait son crédit sera bien limité ; c'est au fond l'objection la plus sérieuse faite au maintien de l'art. 4 C. com.

Nous étudierons plus longuement cette question dans la capacité de la femme commerçante.

Dans le cas où la justice autorisera la femme à faire du commerce, notons, comme M. Chauveau (29), que dans ce cas la femme devra rapporter la preuve d'un abus dans la décision du mari. Signalons comme lui que, par la généralisation des termes de l'art. 216 à la profession commerciale, dans les cas prévus par l'art. 213, al. 5, le mari

(26) Esmein, G.P., 1938, chr. p. 38. Julliot de la Morandière, D.H. 1938, chr. p. 26.

(27) Op. p. 96.

(28) Esmein, *Sem. Jur.* 1938, p. 55.

(29) Op. cit. p. 95.

n'aura plus à fournir son consentement, mais il faudra, croyons-nous, que la femme s'adresse à la justice.

Signalons aussi que l'abrogation de l'ancien art. 222 C. civ., d'après lequel la femme marchande publique peut sans l'autorisation de son mari s'obliger pour ce qui concerne son négoce et obliger ainsi son mari, s'il y a communauté entre eux, a été considéré par certains comme une grave erreur. M. Delachenal (30) croit même qu'il faut maintenir cet article, quoiqu'il ait été supprimé. Cette conclusion ne s'impose pas, puisque nous avons vu l'art. 5 C. com. subsister. D'ailleurs, le maintien de l'art. 222 dans le chapitre des droits et devoirs respectifs des époux se trouverait en contradiction avec l'art. 215 nouveau.

Il importe enfin de remarquer que la femme mariée, à la suite de l'abrogation de l'ancien art. 217 C. civ., pourra faire valablement sans autorisation tous actes de commerce, à condition qu'ils soient isolés, car l'art. 4 C. com. ne s'applique pas dans ces cas (31).

### SECTION III. — L'EXERCICE D'UNE PROFESSION NON COMMERCIALE

L'art. 216 régleme l'exercice de la profession non commerciale pour une femme mariée. C'est un régime de liberté pour la femme sauf opposition possible du mari.

La femme n'a plus besoin du consentement préalable de son mari et, en cas d'opposition de ce dernier, elle pourra déférer cette décision au tribunal qui l'appréciera. Ce droit d'opposition est une des prérogatives expresses accordées par la nouvelle loi au mari « chef de famille ».

Il est logique que le mari puisse exercer un certain con-

---

(30) G.T., 20-22 mars 1938.

(31) Julliot de la Morandière, *op. cit.* p. 27. Nast, *op. cit.* p. 8.

trôle sur la profession de la femme qui peut porter atteinte aux intérêts généraux du ménage, surtout quand la loi nouvelle a voulu expressément réserver une certaine prédominance maritale.

C'est d'ailleurs la femme qui aura le soin de saisir le tribunal après l'opposition du mari (32). Les travaux préparatoires nous montrent que la solution de l'opposition, du veto sera très avantageuse pour les femmes séparées en fait ou abandonnées par leur mari.

Nous verrons dans notre conclusion qu'en pratique il n'y a pas un grand changement à l'état de choses antérieur à 1938, si ce n'est que le droit d'opposition du mari sera soumis à certaines conditions d'exercice et qu'il pourra être soumis à un contrôle judiciaire.

#### I §. — *Les conditions d'existence de ce droit d'opposition*

A) A quelles professions s'appliqueront les dispositions de l'art. 216

Nous avons vu dans la précédente section qu'il ne s'applique pas aux professions commerciales. Le rejet de l'amendement Leblanc et Gautherot en est la preuve certaine. Cet art. 216 s'applique certainement aux femmes des professions libérales, aux femmes fonctionnaires des services publics de l'Etat et des autres collectivités publiques, aux femmes employées des administrations privées, du commerce, de l'industrie et des professions libérales.

S'applique-t-il aux métiers, si l'on entend par ce mot-là l'exercice d'une activité plus spécialement manuelle qu'intellectuelle (33) ? Il nous semble que l'art. 216 s'applique aussi bien aux métiers qu'aux professions intellectuelles, à

(32) J. O. Déb. parl. Sénat 1937, p. 348.

(33) S. Grinberg et O. Simon, op. cit. p. 74-75.

l'ouvrière d'usine qu'à l'avocate, en un mot à la femme qui obtient une rémunération de son travail.

Evidemment, il faudra que cette profession soit distincte de celle de son mari ; en pratique, ce cas ne se posera pas, car, si elle n'a pas une profession distincte, elle est considérée comme l'employée de son mari et elle ne le sera que si son mari y a consenti.

Enfin, cette opposition n'est valable que contre l'exercice par la femme d'une profession séparée ; comme avant 1938 d'ailleurs, il ne pourrait s'opposer à un acte isolé de la profession pour lequel la femme est capable.

B) Le mari ne pourra exercer ce droit d'opposition que s'il est encore chef de famille.

Dans les cas prévus à l'art. 213 al. 3, il ne le pourra plus. Nous croyons même pouvoir aller plus loin en disant que dans tous les cas où il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il perdra ce droit de veto. Cette solution très large servira mieux les intérêts de la femme.

Il faudra d'ailleurs, s'il n'a pas perdu cette qualité de chef de famille, que cette opposition soit justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille. L'opposition du mari doit avoir des motifs valables et s'inspirer uniquement de l'intérêt du ménage ou de la famille ; comme la décision du mari de fixer où bon lui semble la résidence du ménage, elle ne pourra être fondée sur des motifs personnels.

Mais il faudra dans les deux cas que le mari abuse de son droit et nous verrons que le juge, en rejetant le veto du mari, doit constater expressément que cette opposition n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille.

C) A quels moments l'opposition du mari pourra-t-elle se manifester ? N'est-elle possible que lorsqu'il s'agit de la prise par la femme d'une profession nouvelle qu'elle

n'exerçait pas antérieurement à son mariage ? Le mari pourra-t-il à tout moment opposer son veto, même si auparavant il avait tacitement consenti ?

C'est une des questions les plus délicates que pose par son imprécision l'art. 216. Nous verrons qu'il y en aura malheureusement d'autres.

Les enseignements des travaux préparatoires sont contradictoires.

M. Renoult, lors de la séance du Sénat du 19 février 1937, avait affirmé que l'opposition du mari ne peut s'exercer qu'au moment où la femme veut embrasser une profession nouvelle, que l'opposition du mari ne peut s'exercer qu'à l'encontre d'une profession que la femme n'exerçait pas auparavant. Si elle l'exerçait antérieurement, soit avant le mariage, soit depuis, il y a eu au moins de la part du mari consentement tacite et, dans ces conditions, son opposition ne paraîtrait pas recevable.

M. Renoult justifiait son opinion en donnant l'exemple d'une jeune fille qui n'a pour toute dot que sa profession, profession que son mari lui interdit par son droit de veto. Quelle sera la situation de cette femme si, un beau jour, son mari l'abandonne ? De même, M. Renoult signalait l'inconvénient de ce changement d'avis du mari pour les relations professionnelles de la femme en prenant pour exemple la femme exerçant une exploitation agricole qui doit faire appel au crédit et contracter des engagements. C'était à son avis une insécurité sérieuse pour la femme et les tiers qui avaient contracté avec elle et son crédit s'en ressentirait certainement.

M. Delattre croyait également que le mari ne pouvait faire opposition à la profession de la femme que s'il s'agit d'une profession nouvellement prise.

Mais les travaux préparatoires apportent aussi des argu-

ments en sens contraire. Le Sénat n'a-t-il pas rejeté l'amendement déposé par M. Milliès-Lacroix, dans lequel l'art. 216 était ainsi conçu : « La femme a le droit d'exercer une profession séparée ; le mari peut s'y opposer, sauf s'il y a auparavant consenti même tacitement. » Le Sénat n'a pas retenu aussi la rédaction de l'art. 216 proposé par M. Renoult : « Le mari peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée qu'elle n'exerçait pas auparavant ». Ces deux rédactions n'avaient d'autres buts que d'empêcher le mari de revenir par l'exercice de son droit de veto sur un consentement déjà accordé.

M. Fourcade a contesté l'interprétation que donnait M. Renoult à cet art. 216 (34). Pour lui, l'art. 216 doit permettre au mari de révoquer librement à tout moment son consentement par l'exercice de son droit de veto. Il justifiait cette opinion en disant qu'une profession ne peut se révéler préjudiciable aux intérêts de la famille qu'après un certain temps d'exercice par la femme ou à la suite d'un changement dans les obligations professionnelles ou familiales de la femme. Par exemple, les déplacements de la femme deviennent plus nombreux ou plus éloignés, le nombre des enfants augmente. Enfin le mari a mis un certain temps pour s'apercevoir du danger. M. Fourcade conclut donc que, dans l'intérêt du ménage et de la famille, le mari doit, pour remplir son rôle de chef de famille, pouvoir exercer son droit de veto à tout moment et que l'art. 216 ne peut recevoir une autre interprétation.

D'ailleurs ce texte de l'art. 216 est très clair. Il ne dit pas que le mari peut s'opposer au choix d'une profession ou à l'exercice d'une profession nouvellement prise, mais

---

(34) J. O. Déb. parl. Sénat 1937 p. 358.

seulement qu'il peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée.

Cette rédaction s'applique à toutes les hypothèses, la femme exerçant une profession avant ou après son mariage ou prenant une profession nouvelle. On ne pourrait donner une autre interprétation à cet art. 216 sans dénaturer le sens de ses termes.

D'ailleurs, comme le remarque M. Julliot de la Morandière (35), les travaux préparatoires n'ont que peu d'autorité devant les tribunaux et seul le texte de la loi compte, surtout en présence d'un texte clair et précis comme l'est l'art. 216.

On ne comprendrait pas non plus qu'il existe une différence entre les professions commerciales, où l'on admet toujours la possibilité pour le mari de révoquer son consentement express ou tacite, et les autres professions.

Pourtant la doctrine semble divisée.

Certains pensent que l'opposition du mari n'est possible que s'il s'agit d'une profession nouvelle. M. Maguet (36) croit que cette solution est conforme à l'esprit de la loi. M. Voirin (37) dit à ce sujet qu'il ne semble pas que « le mari puisse s'opposer à ce que la femme continue à exercer une profession. » M<sup>es</sup> Grinberg et Simon (38) affirment que « le mariage vaut ratification de l'exercice de la profession », que « l'opposition du mari ne pourra jouer qu'au moment où la femme voudra commencer l'exercice d'une profession ». M. Savatier (39) est d'avis que « le contrôle

---

(35) Op. cit. p. 26.

(36) *Journal des notaires*, 20 avril 1938, p. 361.

(37) R.T.D.C. 1938 p. 344.

(38) Op. cit. p. 75.

(39) Op. cit. p. 59 et 60.

du mari ne peut s'exercer que préventivement, « car alors la loi nouvelle n'aurait aucune utilité ». Pour lui, l'opposition devra être faite par le mari dès qu'il est instruit des intentions de sa femme ; il ne pourra jamais interrompre une profession de la femme, ce qui lui était possible avant 1938.

Remarquons que tous ces auteurs se basent sur les rapports de MM. Renoult et Delattre.

Nous ne croyons pas que ces rapports soient un argument suffisant, surtout en présence du texte de l'art. 216. C'est l'avis de M. Esmein (40) qui admet que le mari pourra faire à tout moment opposition et aussi de M. Ancel (41) qui, pour adopter cette opinion, se demande où est l'intérêt du ménage et de la famille. En effet, pour lui, « l'intérêt du ménage ou de la famille n'est pas une notion statique et immuable ».

La solution que nous adopterons est que le mari pourra à tout moment exercer son droit de veto.

Cette solution est en effet conforme au texte de l'art. 216, aux intérêts du ménage et de la famille et enfin au recours judiciaire prévu par les autres alinéas de l'art. 216 ; la femme ne sera pas livrée aux caprices du mari puisqu'elle pourra, en cas d'abus de la part de celui-ci, faire déclarer non recevable cette opposition.

Ainsi ce contrôle judiciaire lui donnera toute garantie. Evidemment, le crédit de la femme par cette insécurité qui sera le résultat de ce veto toujours possible du mari sera diminué, mais l'intérêt de la famille et du ménage doit passer avant l'intérêt de la femme et des tiers.

Notons d'ailleurs, comme M. Aynès (42), qu'en cas d'op-

---

(40) *Sem. jur.* 20 mars 1938, n° 8 bis.

(41) *Op. cit.* p. 87.

(42) Aynès, *op. cit.* p. 80.

position tardive de la part du mari, le tribunal pourra en tenir compte : le mari peut avoir commis une faute en laissant contracter des engagements professionnels à sa femme et être dans une certaine mesure responsable vis à vis des tiers.

D'ailleurs, comme le dit justement M. Nast (43), si l'on n'adoptait pas cette solution, on supprimerait en pratique le droit de veto du mari. En effet, en cas de désaccord possible entre les deux époux sur la profession future de la femme, celle-ci ne solliciterait pas l'avis de son mari et entreprendrait sans le consulter une profession en faisant, par exemple, un contrat de travail à l'insu de son mari. Le mari ne pourrait alors utiliser son droit de veto que du jour où il a connaissance de ce contrat, après que la femme aurait commencé à exercer sa profession. Il doit pouvoir empêcher sa femme de continuer sa profession si elle est contraire aux intérêts de la famille. D'ailleurs, aucun abus n'est à craindre puisque la femme a un recours judiciaire. Reprenant une idée qui lui est chère, à savoir que la loi et le juge sont impuissants à régler les rapports personnels entre époux, M. Nast croit avec raison d'ailleurs que, si la femme veut entreprendre une profession et que le mari s'y oppose, elle abandonnera le domicile conjugal et le divorce suivra.

Ce droit d'opposition du mari prévu par l'art. 216 est inefficace et peu de maris s'en serviront.

La jurisprudence ne nous apportera pas de sitôt la bonne parole, car, comme par le passé, il y aura fort peu de décisions en ce qui concerne l'exercice d'une profession par la femme pour les raisons exposées par M. Nast. Des décisions ne sont intervenues à ce sujet avant la loi nou-

---

(43) Op. cit. p. 9.

velle qu'à propos des femmes artistes ou vedettes. La plus célèbre est le jugement du tribunal civil de la Seine du 30 avril 1930 ; si une décision intervient sous l'empire de la loi nouvelle, il est certain que la jurisprudence jugera dans le même sens que le tribunal civil de la Seine, qui, dans l'affaire *Morris c. Jeanne Aubert, Varna et Dufrenne*, avait donné la préférence à l'intérêt du ménage et de la famille en faisant respecter l'autorité maritale et où il avait décidé que le mari pouvait à tout moment retirer son consentement.

Sous l'empire de la loi nouvelle, ce droit de veto remplira les mêmes fonctions que le retrait de consentement et ainsi la situation, sous réserve de ce recours judiciaire accordé dorénavant à la femme, restera à peu près la même avant comme après 1938.

## § 2. — *Les formes de cette opposition et le recours judiciaire de la femme*

### A) *Les formes de cette opposition.*

Lors de la séance du 8 décembre 1936, les membres de la Haute-Assemblée ont été assez indécis sur la question de savoir comment on pourrait rendre efficace le droit de veto du mari et comment organiser les formes, la publicité, les effets et la sanction de cette opposition. Devant ces difficultés, les auteurs de la loi nouvelle ont préféré s'abstenir de les résoudre et l'art. 216 C. civ. n'a pas déterminé les formes de cette opposition.

Aussi les commentateurs de la loi en sont restés à des hypothèses. M. Delattre, dans son rapport à la Chambre (44), relève toutes les questions difficiles à trancher que

---

(44) *J. O. Doc. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 15.

soulevra dans son application le nouvel art. 216 puisque ce texte ne dit rien et qu'il ne prévoit nulle publicité pour aviser les intéressés de l'intention du mari. Pour lui, le texte rédigé par le Sénat rendra vraisemblablement presque impossible pour le mari une opposition opérante, que d'ailleurs M. Delattre ne souhaite pas, car il l'estime contraire aux intérêts de la femme et surtout dangereuse pour les tiers.

Sur les formes de l'opposition, M. Delattre se rapporte aux règles du droit commun puisqu'il n'y a pas de précision dans le texte. Il distingue le cas où la femme (fonctionnaire, employée, ouvrière) aura un employeur. Le mari, d'après M. Delattre, devra faire par acte d'huissier une opposition à l'employeur et dénoncer cette opposition à la femme elle-même ; dans les cas où la femme n'aura pas d'employeur, femme exerçant une profession libérale ou agricole, la solution est à son avis incertaine. Comment le mari signifiera-t-il son opposition ? Il ne croit pas que la jurisprudence solutionnera cette difficulté parce que ce recours judiciaire sera en pratique bien rare et ce, pour les raisons que nous avons indiquées. Pour la publicité de cette opposition, M. Delattre pense à un enregistrement de l'opposition au greffe du tribunal civil, mais il se demande aussi comment pratiquement obliger les tiers à se rendre au greffe du tribunal pour savoir si oui ou non il y a une opposition de cette nature et quel sera le tribunal compétent. M. Delattre se demande également si, dans ce cas, « il y aurait à la charge du greffier une obligation de publicité dans les journaux analogue à celle qui est exigée par exemple pour prévenir les tiers de la cession d'un fonds de commerce ».

Telles sont les conclusions de M. Delattre sur les formes de cette opposition.

L'opinion de M. Nast (45) rejoint celle de M. Delattre. En effet, il croit, certainement avec raison, à l'inefficacité de ce droit de veto, pensant que, si la femme exerce une profession salarié, le mari pourra faire opposition entre les mains de l'employeur, mais il se demande à qui le mari pourra signifier son opposition si la femme exerce une profession indépendante.

M. Savatier (46) se demande aussi comment se manifestera cette opposition. Il pense à une signification à l'employeur de la femme si elle en a un. Si elle n'en a pas ou si elle n'est pas en relations d'affaires avec les tiers pour l'exercice de sa profession, c'est à elle-même que l'opposition doit être signifiée. D'après cet auteur, le mari pourra toujours demander que soient ordonnées des mesures appropriées, telle que la fermeture d'un atelier ou même telle ou telle mesure de publicité reconnue nécessaire.

M. Ancel (47) ne critique pas cette lacune contenue dans l'art. 216 ; pour lui, le veto sera valable et effectif dès que, par un procédé quelconque, il aura été porté à la connaissance de ceux à qui il doit être signifié. Le procédé le plus sûr et le plus pratique serait un acte d'huissier notifié à l'employeur de la femme et aux personnes avec qui elle a traité.

Il croit qu'en France les difficultés ne seront pas très grandes puisqu'en raison même de la simplicité du texte de l'art. 216 le mari saura toujours pratiquement à qui signifier cette opposition.

M<sup>re</sup> Simon et Grinberg (48) penchent pour une signification faite par acte d'huissier à la fois à l'employeur et à

---

(45) Op. cit. p. 9.

(46) Op. cit. p. 60.

(47) Op. cit. p. 87.

(48) Op. cit. p. 76.

la femme, mais estiment que, dans le cas où la femme n'a pas d'employeur, les difficultés seront grandes.

M. Aynès (49) se demande, autre question intéressante, si le mari peut se contenter d'une opposition faite à la femme. Il signale les inconvénients de ce système non pas quand la femme exercera son recours, car la déclaration en justice du mari tiendra lieu d'exploit d'huissier, mais quand la femme se soumet à la décision du mari et quand les deux époux refuseront l'exécution des engagements contractés par la femme. C'est alors à eux à prouver l'opposition du mari. Il en conclut que cette opposition verbale sera inefficace, qu'une annonce collective dans les journaux ne suffira pas non plus et qu'une lettre recommandée, quoique procédé moins bon que l'exploit d'huissier, pourra à la rigueur être employé.

Si la femme a un employeur et si une signification par voie d'huissier de la décision du mari est régulièrement faite à cet employeur, le droit de veto peut ne pas être inefficace. C'est d'ailleurs le seul cas où nous croyons qu'il ne peut l'être, mais nous n'en sommes pas sûr. C'est bien peu puisque l'art. 216 vise toutes les professions, sauf les professions commerciales.

#### B. — *Le recours judiciaire de la femme*

La procédure sera la même que pour le recours contre une fixation abusive par le mari du domicile conjugal.

Le tribunal de l'arrondissement dans lequel se trouve le domicile conjugal statuera en Chambre du Conseil, le ministère public entendu. C'est à la femme à saisir le tribunal, contrairement à ce qu'avait décidé le projet de 1932, puisque c'était au mari à demander au tribunal d'interdire à la femme l'exercice de sa profession. Système plus logi-

---

(49) Op. cit. p. 86.

que puisque le mari est chef de famille ; il doit décider et sa femme aura alors un recours judiciaire. L'assistance judiciaire sera accordée de plein droit à la femme qui en fait la demande.

Après avoir entendu les explications du mari et de la femme, le tribunal prendra une décision conforme aux intérêts du ménage et de la famille (50). Pour cela, il aura un très large pouvoir d'appréciation et il pourra tenir compte, par exemple, des ressources du ménage, des besoins des enfants et de la santé des membres de la famille.

Cette décision sera susceptible d'appel. Dans ce cas, les effets du jugement ne se produiront que lorsque celui-ci sera définitif, puisque l'appel suspendra son exécution. Ce jugement pourra aussi être frappé d'un pourvoi en cassation, mais ledit pourvoi ne suspendra pas l'exécution du jugement.

#### *C. — Les effets de l'opposition. La sanction de l'art. 216*

Deux cas peuvent se présenter :

Le premier cas est celui où, à la suite de ce recours judiciaire exercé par la femme, le tribunal estime que l'opposition du mari est mal fondée et autorise la femme à continuer l'exercice de sa profession.

En ce cas, les actes passés par la femme depuis l'opposition et même depuis le jugement sont pleinement valables,

---

(50) Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 décembre 1940 (S. 8.1.1941, G.P. 5.1.1941) restreint la mission du tribunal à l'appréciation du caractère abusif ou non de la décision prise par le mari. En l'espèce, la femme demandait à continuer, malgré le veto du mari, d'exercer les fonctions de dame employée aux P. T. T. Cette décision est critiquable, car l'art. 216 donne aux juges un pouvoir plus étendu qui est d'apprécier si en fait la décision du mari correspond bien à l'intérêt du ménage.

sous réserve toutefois de l'appel qui suspendra l'effet du jugement. En fait, ces actes ne seront pleinement valables qu'après confirmation par la Cour.

Le deuxième cas est le suivant : le tribunal jugera l'opposition valable ; si la femme n'exerce pas son recours et acquiesce à ce droit de veto, la situation est identique ; le législateur de 1938 dans l'al. 4 de l'art. 216 nous indique la sanction : ce sera une cause de nullité des engagements professionnels de la femme, mais l'art. 216 ne nous donne aucune réglementation de cette sanction.

Cet al. 4 est issu d'un amendement déposé par M. Lefas à la séance du Sénat le 19 février 1937 (51). Une discussion assez confuse s'engageait sans permettre de dégager le sens et la portée exacte de ce texte. Une certitude se dégage des discours de MM. Violette et Fourcade ; c'est que les actes antérieurs à l'opposition du mari ne pourront pas être annulés et seront définitivement valables.

M. Delattre, dans son rapport (52), sans les résoudre d'ailleurs, énumère toutes les difficultés que peut soulever cet al. 4. Il se demande : à partir de quelle date ces engagements deviendront nuls, si l'opposition aura un effet rétroactif qui anéantira l'obligation en cours, comment les tiers de bonne foi pourront se rendre compte si l'opposition du mari est ou non valable, quelles seront les conséquences de cette opposition vis-à-vis des tiers et du mari, si c'est une nullité de plein droit ou une nullité relative et quelle sera la durée de cette action en nullité.

M. Nast (53) pose les mêmes questions. Cet auteur fait très justement remarquer que cette sanction avec toutes

(51) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 360.

(52) *Déb. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 15.

(53) *Op. cit.* p. 9.

les difficultés déjà signalées ne pourra jouer que lorsque la profession exercée par la femme comporte la conclusion d'engagements professionnels ; il n'en sera pas ainsi, par exemple, pour les professions libérales ; cette sanction ne jouera que s'il y a un contrat de louage de services passé par la femme. C'est aussi notre avis.

Une question préliminaire se pose : à partir de quel moment se produiront les effets de ce veto ?

Nous croyons avec la plupart des auteurs que ce veto agira à partir du moment où il est régulièrement signifié et que ses effets partiront du jour de la signification vis à vis de toutes les parties en cause (53), en cas d'opposition orale et de recours au tribunal, du jour de l'audience (55) ; mais nous croyons aussi, comme beaucoup, que les effets de l'opposition maritale seront suspendus jusqu'à la décision de l'autorité judiciaire et ensuite jusqu'à la date à laquelle ce jugement deviendra définitif (56). C'est l'avis de M. Delattre. Dans ce cas, la femme n'a pas à quitter immédiatement son emploi et son employeur n'engage pas sa responsabilité vis à vis du mari s'il continue à recevoir ses services.

En effet, le contraire serait étonnant puisque l'opposition du mari peut ne pas être toujours guidée par les intérêts du ménage et la décision judiciaire arriverait trop tard au détriment de la femme. Certains ont regretté très justement que l'art. 216 n'ait pas prévu un délai très bref pour prendre parti, faute de quoi on considérerait que la femme a accepté l'opposition du mari (57).

Enfin, dans cette période de temps pendant laquelle le

---

(54) Ancel, *op. cit.* p. 39.

(55) Aynès, *op. cit.* p. 86.

(56) Aynès, *op. cit.* p. 90. Julliot de la Morandière, *op. cit.* p. 26.

(57) Grinberg et Simon, *op. cit.* p. 77.

jugement ne sera pas définitif, si la femme a conclu un contrat de travail, n'est-elle pas obligée de respecter le délai congé ? En effet, une brusque rupture de travail sans préavis peut porter un préjudice à l'employeur. Aussi nous croyons qu'il pourra toujours retenir sur le salaire de la femme le montant du délai-congé. On a proposé d'ailleurs une meilleure solution : le mari prendrait la précaution d'informer l'employeur de son veto en respectant le délai-congé. L'opposition ne deviendrait alors effective qu'à l'expiration de cette période de temps (58). Sur le sort des actes faits par la femme entre l'opposition et le jugement, ce qui revient à étudier les effets immédiats de l'opposition du mari, il a été soutenu qu'il faut considérer que cette opposition a un effet rétroactif, que la femme ne peut après l'opposition payer valablement un billet qu'elle a préalablement signé, qu'elle est en faute si elle agit au mépris de cette opposition ainsi que le tiers qui a eu connaissance de l'opposition du mari, puisque cette période est suspecte et que les engagements professionnels contractés par la femme pourraient être annulés ; pour justifier cela, on met en avant une théorie qui veut que, lorsque la femme acquiescera au veto du mari, l'effet de l'opposition sera immédiat et l'engagement professionnel de la femme n'aura aucune valeur ; en sera-t-il de même si la femme est déboutée de son recours ? Cette solution, dit-on, est équitable parce qu'elle offre l'avantage de respecter au mieux la prédominance maritale et le caractère d'urgence de la décision du mari, étant donné que le recours de la femme est purement facultatif et cadre avec les solutions données en ce qui concerne les effets de la révocation de l'autorisation maritale en matière commerciale qui produit un effet

---

(58) Ancel op. cit. p. 90.

immédiat et quel que soit le résultat du recours de la femme.

On entendrait alors par opposition valable l'opposition fondée sur des motifs sérieux qui sera toujours valable vis à vis des tiers mais cette opinion se heurte au texte de l'art 216 : c'est l'opposition valable qui constitue la cause de nullité. Rien ne peut faire présimer si l'opposition du mari est valable ou non. Cette opposition n'a pas un caractère rétroactif et le tiers n'est pas en faute s'il a, pendant cette période, contracté avec la femme. D'ailleurs avec l'incertitude qui règne sur les formes de cette opposition, il sera difficile de dire que le tiers contractant a eu connaissance de ladite opposition.

Si nous admettons que cette période sera dangereuse pour les tiers puisque tout dépendra de la décision judiciaire, nous ne croyons pas être en présence du même cas, si la femme acquiesce au veto de son mari, car si le tribunal peut débouter la femme, il peut aussi l'autoriser à passer outre à ce veto. Si cette solution était adoptée, le crédit de la femme serait moindre car l'intérêt des tiers n'est pas un facteur négligeable. Nous estimons donc que, tant que l'opposition n'a pas été réputée valable par le tribunal, les tiers pourront exiger d'elle l'exécution de ses obligations. C'est l'avis de M. Esmein (59).

Passons aux effets généraux de cette opposition dans le cas le plus général, quand elle est validée par une décision judiciaire.

Si la femme passait outre et continuait à exercer sa profession, elle commettrait une faute et un manquement aux devoirs entre époux qui constitueraient alors une injure grave que le mari pourrait invoquer à l'appui d'une

---

(59) Op. cit. p. 58.

demande en divorce ou en séparation. On a aussi proposé comme sanction efficace envers la femme le procédé des astreintes (60) ; l'employeur qui sciemment continuerait à employer la femme malgré cette opposition valable se rendrait coupable d'une faute, dont il devrait indemniser le mari (art. 1382 C. civ.). Ceci ne présente aucune difficulté pour l'employeur à qui on a régulièrement signifié l'opposition. Si la femme exerçait une profession libérale, le tiers contractant n'encourait une telle responsabilité que s'il est prouvé qu'il connaissait ladite opposition.

Pour la femme fonctionnaire, M. Nast (61) se demande si les pouvoirs publics sont liés par cette opposition et dans le cas où la femme passerait outre, si le mari pourra demander au Conseil d'Etat l'annulation de la nomination de sa femme. M. Ancel le croit, car, pour lui, le statut de fonctionnaire n'a pu valablement être acquis par la femme en cas de veto du mari.

Au point de vue contractuel, les actes passés par la femme après la décision de justice devenue définitive et confirmant le veto du mari sont nuls aux termes de l'art. 216 al. 4.

Sur le caractère de cette nullité, les commentateurs de la loi nouvelle sont réduits à faire des hypothèses. Est-ce une nullité relative ou une nullité absolue ? Le texte même de l'art. 216 dit : « nuls de plein droit », formule qui a trait plutôt aux nullités absolues mais qui ne permet pas de l'affirmer. Les travaux préparatoires ne nous renseignent pas d'une façon certaine.

M. Aynès (62) étudie longuement cette question de savoir

---

(60) Ancel, op. cit. p. 91.

(61) Nast, op. cit. p. 9.

(62) Aynès, op. cit. p. 90.

si nous sommes en présence d'une nullité absolue ou d'une nullité relative. En se fondant sur les principes généraux du droit, il croit à une nullité relative, car, pour lui, il s'agit de protéger non pas la femme, puisque la loi nouvelle a pour mission de supprimer cette incapacité de protection tenant au sexe, mais des intérêts privés, les intérêts de la famille représentés par le mari. Ainsi, le mari seul pourra exercer cette action qui se prescrira par dix ans.

Cet auteur croit d'ailleurs que cette nullité ne sera invoquée que si le cocontractant de la femme entend exiger l'exécution de celle-ci, cette opposition étant en fait une fin de non-recevoir, une cause éventuelle de non exécution.

La démonstration faite par cet auteur n'est pas convaincante ; nous croyons, comme M. Ancel (62), que la femme, au cas de veto du mari confirmé par décision judiciaire, se trouvera placée « dans une sorte d'incapacité limitée » et que la question de la nature de cette nullité est une des difficultés que pose la loi de 1938 d'une façon générale, puisque dans certains cas la femme demeurera incapable. Si elle passe outre à cette incapacité, qui est certes l'exception mais qui existe en vertu des limitations légales ou du régime matrimonial adopté par les époux et ce, aux termes de l'art. 215 nouveau, quel sera le sort de l'acte passé par elle ? Nous étudierons cette question plus loin, ainsi que celle de la responsabilité éventuelle du mari qui se pose désormais pour tout acte passé par la femme devenue capable. Pour M. Ancel, cette nullité ne jouera que s'il s'agit d'un engagement professionnel en rapport direct avec l'exercice de la profession.

M. Esmein (64) croit plutôt à une nullité de plein droit ;

---

(63) Ancel, *op. cit.* p. 92.

(64) *Sem. Jur.*, *op. cit.* p. 58.

il pense que la femme, après l'opposition du mari, redevient incapable et peut, comme toute personne intéressée, agir en nullité. Nous verrons plus loin que, pour lui, les art. 225, 1124, 1125, 1304 C. civ. n'ont été abrogés que sous la réserve mentale de l'art. 215 al. 2 C. civ.

M. Savatier (65) ne prend pas position sur la nature de cette nullité ; il se demande ce qu'il adviendra en présence des tiers dont la bonne foi suffira à couvrir la nullité ; l'opposition fondée du mari deviendra inoffensive, sinon la femme perdra tout crédit, personne ne voulant contracter avec elle.

Nous croyons donc, comme M. Delattre (66), que cette opposition, qui n'est pas souhaitable, ne pourra guère être pratiquée parce que la procédure n'est pas décrite, que la publicité n'a pas été envisagée, que ses effets juridiques ne sont pas définis et qu'ainsi ce droit à opposition imaginé par le Sénat reste à l'état d'intention et presque de vœu. M. Nast (67) parle d'une opposition purement théorique.

La situation est tout à fait identique en ce qui concerne l'exercice d'une profession par la femme mariée avant 1938 comme après. Nous avons déjà dit que rares seront les cas où les époux en désaccord sur ce point porteront leur différend devant les tribunaux. Avant 1938, la jurisprudence ne nous offrait l'exemple que d'espèces concernant l'exercice d'une profession théâtrale. Les époux préféreront le divorce ou la séparation de fait. Il est d'ailleurs difficile pour le législateur, comme le croit M. Nast, de réglementer les rapports personnels entre époux. La ré-

---

(65) Op. cit. p. 61.

(66) *J. O. Doc. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 15.

(67) Op. cit. p. 9.

forme apportée par l'art. 216 est plus apparente que réelle; si aujourd'hui la femme est capable de choisir librement une profession, il suffisait avant 1938 d'un consentement tacite de la part du mari ; d'ailleurs, dans certains cas, la jurisprudence avait admis qu'autorisée par la justice elle pouvait passer outre à son refus.

En fait, la femme aura tout intérêt à demander le consentement express ou tacite de son mari, sinon ses actes professionnels pourraient porter atteinte aux droits que le mari tient de son régime matrimonial et ce, au détriment de son crédit. Ce consentement sera très utile, surtout si le régime adopté est celui de la communauté légale. Donc, si la femme veut exercer une profession où le crédit est nécessaire, elle devra, comme par le passé, obtenir le consentement express ou tacite de son mari.

---

## CHAPITRE IV

### **La capacité nouvelle de la femme mariée**

#### SECTION I. — LE NOUVEL ARTICLE 215 ET LA MISE EN HARMONIE AVEC LUI DES AUTRES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL.

La loi nouvelle énonce expressément le principe nouveau de la capacité de la femme mariée. L'art. 215 est, en effet, ainsi conçu : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile ; les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté. » On peut dire que c'est l'art. 215 qui est la clef de voute de la réforme. Tous les autres articles du Code modifiés par la loi de 1938 ne constituent que des modalités d'application des principes nouveaux. La loi nouvelle supprime de façon absolue l'incapacité relative à la personne de la femme mariée, car, sur les biens, nous verrons qu'en fait sa capacité sera limitée par le régime matrimonial qu'elle a adopté.

L'art. 215, dans le projet initial de 1932 (1), avait une rédaction qui différait de celle qui a été définitivement adoptée. Elle était la suivante : « La femme mariée a, sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toute clause contraire, le plein exercice de sa capacité ci-

---

(1) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1932, n° 594, p. 20.

vile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation du mari ou de la justice, sous réserve des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux » ; c'étaient les seules restrictions à cette nouvelle capacité. Nous devons ajouter que l'art. 216, comme nous l'avons vu, permettait au mari de demander au tribunal d'apporter à l'exercice de la capacité de la femme les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage et prévoyait une procédure de référé pour les actes isolés et urgents.

La Commission de législation du Sénat présentait le 3 décembre 1936 une rédaction de l'art. 215 qui était un peu différente (2). A côté des restrictions relatives aux divers régimes matrimoniaux, figurait la restriction de l'art. 4 C. com. L'art. 216 ne subissait aucun changement ; c'est lors de la séance du Sénat du 8 décembre 1936 qu'à la suite du vote de l'amendement Fourcade, l'art. 215 prit sa rédaction définitive en mentionnant la restriction des limitations légales. La formule est plus large et plus complète. Il ne fait aucun doute qu'elle englobe l'art. 4 C. com. MM. Fourcade et Pernod l'ont affirmé. La différence avec le texte initial de 1932 est d'importance.

Cette rédaction est justifiée puisque les auteurs de la loi nouvelle ont voulu conserver certains textes des codes restreignant la capacité de la femme, tel, par exemple, l'art. 4 C. com., et ont eux-mêmes créé des textes limitant cette capacité, comme l'art. 216 nouveau. Cette formule plus large et moins précise permettra d'englober toutes ces restrictions du Code civil, des autres codes et des lois spéciales formellement maintenues par la loi nouvelle.

Il n'est pas inutile de noter qu'à la suite de l'intervention de M. Pernod lors de la séance du Sénat du 8 dé-

---

(2) *J. O. Déb. parl. Sénat 1936, annexe au n° 404.*

cembre 1936 (3), l'art. 216 fut renvoyé à la Commission de législation qui décidait alors de supprimer le droit pour le mari de faire restreindre judiciairement la capacité de la femme mariée en limitant cet art. 216 à l'exercice d'une profession par la femme. En effet, cette disposition était très discutable. Comme l'a dit M. Voirin (4), « c'était faire à la femme un cadeau peu enviable que de lui octroyer une pleine capacité sujette à retrait. » On lui retirait ainsi tout ce qu'on lui avait donné, car elle ne pouvait que rarement trouver un tiers qui contracterait avec elle sous la menace de cette restriction éventuelle. D'ailleurs, M. Pernod avait insisté sur les difficultés pratiques que soulèverait ce texte, difficultés semblables à celles que soulèvera en pratique le nouvel art. 216 sur le droit à opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme. C'était aussi l'avis de MM. Ripert et Capitant (5). Cette modification de l'art. 216 était souhaitable pour la précision et l'efficacité pratique du nouvel art. 215. Le mari ne peut ni s'opposer à ce que sa femme passe un acte juridique ni faire restreindre sa capacité. Il convient d'ailleurs de faire remarquer que cette affirmation expresse par l'art. 215 du nouveau principe de capacité est la meilleure façon de procéder au point de vue législatif et au point de vue pratique (6).

Pour être complet, nous devons signaler qu'en application de la règle générale posée par l'art. 215 al. 1, la loi du 18 février 1938 a mis en harmonie avec les principes nouveaux divers articles du Code civil. On a supprimé dans l'art. 238 C. civ. l'al. 4 aux termes duquel l'ordonnance de non conciliation autorisait la femme à faire toutes

---

(3) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1565.

(4) *D. H. chr.* 1934, p. 67.

(5) *B.S. E.L.* 1935, p. 45.

(6) *Ancel, op. cit.* p. 103.

procédures pour la conservation de ses droits et d'ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en étaient la suite, puisque la femme peut désormais ester librement en justice.

Il en est de même de l'art. 311 al. 3 qui a été abrogé, la capacité de la femme séparée de corps n'étant plus exceptionnelle. L'art. 776 C. civ., qui interdisait l'acceptation d'une succession par une femme mariée sans l'autorisation du mari ou de la justice, a été abrogé ainsi que l'al. 2 de l'art. 1096 qui décidait que la femme pouvait révoquer les donations faites par elle à son mari au cours du mariage sans autorisation. Remarquons que l'art. 2 de la loi abroge cet art. 1096 al. 2 alors que l'art. 1 avait déjà supprimé cet alinéa. C'est une des imperfections de la loi de 1938.

Ces exceptions à l'incapacité ne se comprendraient plus sous le régime nouveau.

Dans l'art. 1124, on raye la femme mariée de la liste des incapables. Le nouvel art. 1125 ne fait plus allusion aux femmes mariées parmi les personnes qui peuvent agir en nullité pour cause d'incapacité. Par la suppression dans l'art. 1304 C. civ. des mots « et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage », le législateur a voulu dire qu'il ne peut plus y avoir de nullité pour cause d'incapacité de la femme et qu'il était inutile de prévoir la prescription d'une action en nullité qui avait disparue. De même, la femme, par la suppression dans l'art. 1312 des mots « les femmes mariées » et « mariage », doit restituer tout ce qu'elle a reçu et non plus le seul montant de son enrichissement.

Enfin l'art. 2 de la loi nouvelle abroge les articles du Code civil qui étaient relatifs soit à l'incapacité générale de la femme mariée (art. 217), soit aux formes de l'ancienne autorisation maritale (art. 217), soit à l'autorisation de jus-

tice et aux cas où cette autorisation était nécessaire (art. 218, 219, 221, 222), soit à la capacité de la femme commerçante (art. 220), soit aux autorisations générales (art. 223), soit à la détermination des personnes qui peuvent agir en nullité des actes passés sans autorisation par la femme mariée (art. 225).

On ne s'explique pas pourquoi l'art. 226 C. civ. qui permettait à la femme de tester sans autorisation de son mari n'a pas été abrogé, puisqu'il n'a plus d'utilité aujourd'hui.

L'art. 2 de la loi abroge encore l'art. 905 C. civ. qui déclarait la femme mariée incapable de faire des donations entre vifs sans l'autorisation de son mari ou de justice, l'art. 934 qui la rendait incapable d'accepter sans autorisation une donation et l'art. 1029 qui ne lui permettait pas d'accepter sans autorisation les fonctions d'exécuteur testamentaire. Enfin, certains articles de la loi du 13 juillet 1907 qui n'avaient plus d'utilité sont abrogés. Il en est ainsi de l'al. 5 de l'art. 1 relatif aux justifications à produire par la femme qui voudrait faire un acte concernant ses biens réservés, l'art. 2 de la loi de 1907 qui permettait au tribunal de retirer, sur la demande du mari, tout ou partie des pouvoirs conférés à la femme par cette loi, ainsi que l'art. 6 qui conférait à la femme la capacité d'ester en justice dans toutes les contestations relatives à ses biens réservés.

Telle est l'histoire législative du nouvel art. 215 avec ses répercussions sur les autres articles du Code civil.

## SECTION II. — LE PRINCIPE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

Désormais, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Nous verrons malheureusement que ces exceptions sont très nombreuses.

M. Renoult a affirmé que la capacité, c'est-à-dire le droit pour la femme d'agir sans autorisation, est la règle (7).

Désormais, la femme pourra faire seule les actes pour lesquels les art. 215 et 217 anciens exigeaient l'autorisation du mari ; la femme n'aura plus à requérir l'autorisation de celui-ci, ni celle de la justice pour passer des actes juridiques, pour accepter une succession ou une donation, pour procéder aux actes d'administration (ouverture d'un compte en banque, signature d'un bail, d'une police d'assurance, d'une quittance) et aux actes de disposition (vente, échange, signature de traites et de chèques) sous réserve, bien entendu, des restrictions tenant au régime matrimonial. La femme peut enfin, sans aucune autorisation, figurer comme demanderesse ou défenderesse dans toute action en justice. Désormais, la femme pourra faire librement n'importe quel acte de nature patrimoniale, ainsi que toutes les opérations de la vie courante qui ne sont pas à proprement parler des actes juridiques.

Nous devons souligner que cette nouvelle liberté est le fruit aussi bien de la suppression de l'incapacité que de la puissance maritale. Pour un acte, qu'il soit civil, judiciaire ou administratif, nul ne pourra exiger de la femme l'autorisation de son mari. « En conséquence, dit M. Delattre, la femme pourra s'inscrire dans une faculté, se présenter à un examen, avoir un compte en banque, signer et recevoir un chèque, accepter une succession, une donation, un legs, être subrogée-tutrice, exécuteur testamentaire ; elle pourra faire une donation dans les limites du droit commun ou passer un contrat ; tel un contrat d'assurances, à la condition toutefois que ces actes n'aient pour objet que

---

(7) *J. O. Doc. parl. Sénat* 1933, n° 404, p. 928.

les biens sur lesquels le mari, en vertu du régime matrimonial, ne possède aucun droit d'administration ou de jouissance ». (8).

« La femme, dit encore M. Delattre, pourra passer un acte notarié. En conséquence, le refus par un officier ministériel de procéder à l'acte pour lequel il aura été requis par la femme agissant dans la plénitude de ses droits engagera sa responsabilité, soit au point de vue disciplinaire, soit dans les termes du droit commun. »

Les travaux préparatoires semblent donc affirmer que la femme, si son régime matrimonial ne s'y oppose pas, ne sera jamais plus tenue à demander une autorisation à son mari ou à la justice.

La règle posée par l'art. 215 est impérative, comme toutes celles qui concernent la capacité ou l'incapacité des personnes (9).

Toute clause insérée dans un contrat de mariage, qui aurait pour objet de restreindre la capacité de la femme en dehors des cas prévus par la loi, serait nulle, de même que serait illégale toute décision judiciaire qui limiterait la capacité de la femme. Le mari n'aura à sa disposition que les moyens de droit commun : le droit de demander l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire pour sa femme.

C'est en somme un renversement des principes anciens, aux termes desquels la femme était frappée d'une incapacité générale, mais nous verrons que cette capacité est très limitée, quand nous étudierons les restrictions qui émanent des limitations légales et du régime matrimonial adopté et

---

(8) Doc. parl. Chambre 1937, n° 3331, p. 4.

(9) Nast, op. cit. p. 6.

qu'en pratique, la loi de 1938 n'apportera pas aux femmes mariées tous les bienfaits qu'elles en attendaient.

Nous croyons que la réforme la plus appréciable sera le droit pour la femme d'ester en justice sans l'autorisation de son mari ou du juge. A la suite de l'abrogation des art. 215 et 216 C. civ., aucune disposition générale valable sous tous les régimes ne défendant désormais à la femme mariée l'exercice des actions en justice, la femme pourra donc librement intenter tous les procès et s'y défendre (10). Bien entendu, cette nouvelle capacité judiciaire respectera aussi, comme le fait remarquer M. Ancel (11), l'économie des régimes matrimoniaux. Nous verrons que cet auteur cite le droit pour le mari d'exercer seul certaines actions judiciaires de sa femme (actions mobilières sous le régime de communauté, toutes les actions mêmes immobilières sous le régime dotal.) Mais cela résulte du contrat de mariage et constitue non pas une incapacité mais une absence de pouvoirs.

Cette nouvelle capacité judiciaire ne pourrait être, à notre avis, restreinte par une limitation légale, car nous ne connaissons aucun texte du code ou d'une loi spéciale qui pourrait rentrer dans cette catégorie pour empêcher la femme d'ester librement en justice. Un jugement du tribunal de la Seine du 3 juin 1938 (12) affirme solennellement que le droit d'ester en justice librement est reconnu à la femme mariée par l'art. 215 nouveau. Une seule difficulté peut être soulevée par le maintien de l'art. 1576 C. civ. qui stipule que la femme dotale ne peut aliéner ses parapher-

---

(10) Aynès, op. cit. p. 205. T. C. Lyon, 7 avril 1938. La Loi. 24 octobre 1938.

(11) Op. cit. p. 144.

(12) G.T. 14-15 oct. 1938. Dame Rotschild c. Paatz et dame Gerstle.

naux, ni paraître en jugement à raison des dits biens sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Doit-on refuser à la femme le droit d'ester en justice à raison de ses paraphernaux ?

Il serait inconcevable que, désormais pleinement capable d'ester en justice, elle ne le pourrait pas quand il s'agit de biens dont elle a l'administration et la jouissance.

Il est regrettable que le législateur de 1938 n'ait pas modifié cet article qu'on doit pouvoir considérer comme tacitement abrogé ; c'est l'avis de M. Ancel (13), qui croit qu'en cas de doute, c'est la décision formelle, en l'espèce l'abrogation de l'art. 215, qui l'emporte et le principe général qui reçoit application. M. Delachenal (14), par contre, semble partisan du maintien de l'art. 1576.

En règle générale, on peut affirmer que, si la femme par son contrat de mariage ne peut exercer telle action judiciaire, ce n'est pas parce qu'elle est incapable, c'est parce que l'exercice de cette action a été attribué au mari. Il n'y a pas là une véritable incapacité.

Un jugement du tribunal civil de la Seine du 17 mars 1938 (15) semble mettre en doute ces principes. Dans l'espèce, une femme séparée de biens, en instance de divorce, avait demandé à son mari de l'autoriser à ester en justice pour exercer le recouvrement d'une créance qu'elle avait contre une société, dont le mari était administrateur délégué. Sur le refus du mari, la femme s'adressa au tribunal. Le tribunal de la Seine, statuant sous l'empire de la loi nouvelle, refusa non seulement l'autorisation, mais encore toute décision sur ce point pour le motif que l'instance engagée par la femme concernait la liquidation des droits et

---

(13) Ancel, op. cit. p. 130.

(14) G.T. 20 mars 1938.

(15) G.P. 10 mai 1938.

reprises des époux, que seule cette question pouvait être préjudiciellement tranchée par le mari et que la chambre du conseil ne pouvait statuer sur les restrictions que le régime matrimonial (c'était une séparation de biens assortie d'un certain nombre de clauses limitatives ou restrictives à interpréter) a pu apporter au plein exercice de la capacité de la demanderesse, alors que cette question est par ailleurs pendante devant le tribunal saisi de l'instance en dissolution des biens matrimoniaux, seul compétent pour interpréter les dispositions dudit contrat de mariage.

M. Ancel (16) croit que des considérations de fait ont pu influencer sur cette décision survenue au cours d'une procédure en divorce et qu'il ne faudrait pas cependant conclure que les restrictions, tenant au régime matrimonial des époux, pourraient interdire à la femme d'ester en justice librement.

En tout cas, c'est au tribunal saisi de l'instance qu'il appartiendra d'apprécier si la femme a pu valablement engager la procédure.

Nous croyons qu'en ce qui concerne la capacité judiciaire de la femme, la réforme est plus que verbale, que notamment les restrictions dues au régime matrimonial joueront beaucoup moins qu'en ce qui concerne le droit pour elle de passer n'importe quel acte patrimonial, que la femme mariée pourra librement, par exemple, assigner en justice sa couturière qui « lui a manqué une robe », intenter une action en indemnité devant le tribunal civil et se constituer partie civile contre l'automobiliste, auteur de l'accident.

Par contre, pour les actes patrimoniaux, la restriction

---

(16) Op. cit. p. 137.

de l'art 215 relative au régime matrimonial sera beaucoup plus importante Il en est ainsi pour l'acte patrimonial type, l'aliénation d'un bien personnel et pour l'acte d'administration type, le bail, pour lequel la loi nouvelle n'a apporté aucun changement (17). Nous avons vu qu'elle pourrait faire librement un acte de commerce isolé. De même, elle pourra faire n'importe quel contrat, si la nature du contrat qu'elle passe ne comporte aucune clause ou conséquence d'ordre pécuniaire.

Mais, en ce qui concerne les opérations de banque ou de bourse, il ne semble pas que la nouvelle capacité de la femme mariée soit bien avantageuse, car elle ne pourra faire des opérations que sur les biens dont elle a l'administration, ce qui est rare en pratique, et parce que les banquiers hésiteront à traiter avec elle sans autorisation maritale, surtout tant que le régime légal restera celui de la communauté. Il en sera ainsi pour l'ouverture d'un compte en banque, les achats ou ventes de titres ou les avances sur titres. Nous croyons, toutefois, avec la majorité des auteurs que la femme mariée pourra librement louer un coffre-fort. Il est à craindre que les intermédiaires (banquiers, agents de change ou notaires) fassent ce qu'ils avaient déjà fait pour la loi du 13 juillet 1907, contrairement à l'opinion soutenue à la barre du Sénat par M. Renault (18) : « La femme, disait l'honorable rapporteur, pourra se faire ouvrir un compte en banque, signer ou recevoir un chèque, passer un acte notarié. Dans l'accomplissement de ces différents actes, il en sera pour elle comme pour une femme non mariée, c'est-à-dire que la possession entre ses mains de valeurs mobilières vaudra présomption

---

(17) Ancel, op. cit. p. 137.

(18) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 347.

de propriété ; nul ne pourra désormais exiger de la femme une autorisation maritale qui n'a plus, au lendemain du vote de la loi, d'existence légale ; de sorte que le refus par un officier ministériel, une banque ou un intermédiaire quelconque de procéder à l'acte requis, tant que l'autorisation maritale ne sera pas rapportée, serait de nature à engager la responsabilité de celui qui opposera ce refus, soit au point de vue disciplinaire, soit dans les termes du droit commun ». A la Chambre, M. Delattre ne s'exprimait pas autrement.

M Ancel (19) croit qu'en présence de ce principe général de capacité une semblable résistance des praticiens ne serait ni désirable, ni justifiée et que la femme mariée, pour faire tomber la présomption de communauté, n'aura qu'à produire son acte de mariage. Mais nous croyons, comme M. Esmein (2), que, tant que le régime légal sera celui de la communauté, « sans doute nul ne pourra exiger une autorisation maritale, mais on pourra amener la femme à la rapporter en exigeant d'elle des justifications plus difficiles à produire ». En pratique, l'officier ministériel ne refusera pas de passer un acte avec une femme mariée, mais il exigera des justifications plus difficiles à rapporter que le consentement marital.

D'ailleurs, le principe de la liberté des conventions permettra aux intermédiaires de refuser de traiter avec la femme si elle ne peut apporter lesdites justifications. Même en dehors des restrictions dues au régime matrimonial, la mise en pratique des principes nouveaux sera délicate.

Dans une espèce où il n'y avait aucune restriction due au régime matrimonial, il en existe parfois, la jurispru-

---

(19) Op. cit. p. 142.

(20) G.P. 1938, chr. p. 38.

dence a fait une application intéressante. C'est en matière de transaction ; le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 2 juin 1938 (21), a jugé que, sous l'empire du principe nouveau de la capacité, elle pourrait transiger librement. Sur la question de savoir si, aux termes de l'art. 2045, C. civ. qui décide que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, le tribunal de la Seine a répondu que « cette indemnité ne tombait point en communauté, qu'il n'y avait aucune restriction due au régime matrimonial et que la femme pouvait librement transiger sans autorisation du mari », demandée en l'espèce par la compagnie d'assurance, car cette autorisation est désormais inutile.

Espérons, pour le plus grand profit des femmes mariées, qu'elles seront souvent appelées à passer des actes patrimoniaux pour lesquels elles n'auront besoin d'aucune autorisation, comme dans l'espèce qui était soumise le 2 juin 1938 au tribunal de la Seine.

En ce qui concerne enfin la question des impôts, il a toujours été admis, et la loi de 1938 n'a rien changé sur ce point, que la femme mariée s'oblige de sa seule autorité au paiement des impôts qui lui sont personnels, car il s'agit là d'une obligation légale analogue à celle qui naît des délits et des quasi-délits (22)

### SECTION III. — LES RESTRICTIONS A L'EXERCICE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

#### § I. — *Les limitations légales*

L'art. 215 nouveau prévoit au premier chef des restrictions à l'exercice de la capacité nouvelle accordée à la

(21) G.P. 13 octobre 1938.

(22) Crémieu, *Journal des avoués* 1940, p. 131.

femme mariée « les limitations légales ». Que devons-nous entendre par ces mots ?

De l'ensemble des travaux préparatoires, il semble bien que les auteurs de la présente loi ont voulu comprendre dans cette expression les deux prérogatives expresses accordées au mari par la loi nouvelle : le droit de choisir la résidence du ménage (art. 213) et le droit de s'opposer à l'exercice d'une profession de la femme (art. 216). C'était d'ailleurs le but de l'amendement déposé par M. Fourcade lors de la séance du 8 décembre 1936 ; M. Fourcade préférait cette rédaction plus large, plus complète, alors que l'art. 215 proposé par la commission ne mentionnait que la restriction de l'art. 4 C. com. M. Delattre (23), dans son rapport à la Chambre, a d'ailleurs fait expressément rentrer dans les limitations légales, outre l'art. 4 C. com., les deux prérogatives expresses reconnues au mari par la nouvelle loi.

Pour les autres dispositions, on doit donc conclure, puisque l'art. 2 de la loi nouvelle énumère les articles du code expressément abrogés et que la loi nouvelle ne dit pas que les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées, que les textes, qui établissent une incapacité spéciale et non formellement abrogés sont maintenus en vigueur et rentreront donc dans ces limitations légales. Evidemment, nous avons déjà dit qu'il en résulterait bien des incertitudes et bien des contradictions, car le législateur de 1938, après avoir adopté la bonne méthode, ne l'a pas poussé assez loin et a laissé subsister des dispositions qui n'étaient que le vestige de la vieille incapacité et qui auraient dû être abrogées.

---

(23) *J. O. Doc. parl. Chambre 1937, n° 3331.*

M. Savatier (24) est de cet avis : les dispositions non expressément abrogées restent en vigueur.

Nous ne le croyons qu'en partie, car nous estimons que la loi de 1938 comporte une part d'abrogation tacite ; nous avons cité, entre autres, l'art. 1576 dans son al. 2 concernant la faculté d'ester en justice pour la femme sur ses biens paraphernaux et l'art. 16 al. 1 de la loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix qui interdit à la femme d'ester librement devant le juge de paix, comme tacitement abrogés.

M. Aynès (25) critique cette expression de « limitations légales » car, si on avait conservé la rédaction première de l'art. 215, elle aurait permis de conclure à l'abrogation tacite de tous les textes exigeant une autorisation purement habilitante, excepté ceux du titre V, puisque leur application a été formellement réservée par l'al. 2. Pour cet auteur, l'autorisation maritale a une double fonction : relever la femme de son incapacité ou lui permettre d'engager la communauté ou le mari. Il estime que toutes les dispositions, qui prévoient cette autorisation habilitante destinée à relever la femme de son incapacité, auraient dû être tacitement abrogées et que l'incapacité, dans le cas où elle subsiste, devrait n'être plus fondée que sur le respect de l'autorité patrimoniale maritale. C'est pour cela que cet auteur croit à l'abrogation de l'art. 420 al. 2 C. civ. et de l'art. 1029, ce qui est contestable.

La question est résumée par ces lignes de M. Esmein (26) : « On aurait pu déclarer dans l'art. 215 que la capacité reconnue à la femme aurait pour conséquence l'abrogation implicite de toutes les dispositions particulières exigeant

---

(24) Op. cit. p. 66.

(25) Op. cit. p. 129 à 143.

(26) *Sem. Jur.* 1938, chr. p. 27.

pour un acte de la femme, une autorisation du mari ou de justice à seule fin de la relever de son incapacité... » Les travaux préparatoires montrent que c'est l'idée générale qui avait été suivie mais qu'on ne l'a que partiellement appliquée.

M. Voirin (27) avait en étudiant le projet de 1932 dressé la liste des articles qui d'après lui auraient dû être expressément abrogés. Sous l'empire des dispositions actuelles, d'autres auteurs, MM. Julliot de la Morandière (28), Delachenal (29), Nast (30), ont essayé de dresser la liste des articles qui devaient rentrer dans ces limitations légales. En combinant ces diverses opinions, nous tenterons de dresser une liste de ces articles.

Il ne fait aucun doute qu'il faut faire figurer parmi eux les deux art. 213 et 216 C. civ. pour les prérogatives expresses qu'ils accordent au mari. Ceci résulte des travaux préparatoires ; à leur sujet, nous croyons, comme M. Savatier (31), que cette restriction ne doit plus jouer quand le mari n'est plus « chef de famille », qu'il a perdu cette qualité.

M. Esmein (32) range aussi dans ces limitations légales les deux art. 213 et 216 mais regrette que le Sénat n'ait pas fait une distinction nette entre l'incapacité et les conséquences de la qualité de chef de famille du mari.

Il en est de même pour les art. 4 et 5 du Code de commerce.

Ceci résulte des travaux préparatoires, de la rédaction

(27) D.H. 1934, chr. p. 68.

(28) Op. cit. p. 25.

(29) G.T. 20 mars 1938.

(30) Op. cit. p. 6.

(31) Op. cit. p. 68.

(32) G.P. 7 mars 1938, p. 39.

de l'art. 213 proposée par la commission du Sénat le 3 décembre 1936 et du rapport de M. Delattre. M. Renoult l'avait d'ailleurs affirmé lors de la séance du 8 décembre 1936. C'est aussi l'avis de tous les commentateurs de la loi nouvelle, sauf celui de M. Bonnecase. C'est la limitation légale la plus importante, étant donné le grand nombre de femmes qui veulent faire du commerce. D'ailleurs le consentement du mari sera toujours utile pour la femme, puisqu'elle lui permettra d'engager le mari et la communauté ; espérons que l'autorisation de justice sera plus facilement et plus généralement admise pour la femme qui, après un refus de son mari, veut faire du commerce ; un certain progrès serait alors réalisé.

On a cité aussi l'art. 347 C. civ., qui stipule que nul époux ne peut adopter ni être adopté sans le consentement de l'autre, les art. 405 al. 2 sur les fonctions de tutrice de la femme mariée et 480 al. 2 sur les fonctions de curatrice d'un mineur émancipé, l'art. 395 C. civ. sur la mère tutrice qui veut se remarier, l'art. 391 C. civ. sur le droit pour le mari de nommer par testament à la mère survivante un conseil spécial de tutelle. Il en est de même des dispositions de la loi du 13 juillet 1907 en vigueur, entre autres l'art. 1er, al. 4 et 5. Ces alinéas 4 et 5 ne permettent pas à la femme mariée de donner ses biens réservés sans l'autorisation maritale sauf dans un cas spécial ; ce qui est assez illogique puisque l'art. 905 ancien C. civ. a été abrogé. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point en étudiant l'incidence de la loi de 1938 sur celle de 1907.

Il y a aussi l'art. 59 de la loi du 13 juillet 1930 concernant le contrat d'assurance, aux termes duquel une personne ne peut contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'une femme mariée sans l'autorisation du mari, ainsi

que divers articles de la loi du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne.

Notons aussi l'art. 1004 C. civ. qui interdit de compromettre sur les causes qui seraient sujettes à communication au ministère public, article qui aurait dû être complété par la mention suivante : « à l'exception des causes des femmes non autorisées par leur mari » (33), les art. 861 à 864 C. pro. civ. qui réglementent la procédure de l'autorisation de justice et l'art. 865 C. pro. civ. qui prévoit que la femme doit être préalablement autorisée par le président du tribunal pour présenter une demande en séparation de biens, article qui aurait dû être aussi abrogé (34).

Il n'est pas douteux également que la capacité de la femme pourra être réduite, si elle est mineure, interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire et que les articles du code civil relatifs à ces incapacités spéciales devront entrer dans ces limitations légales.

Au sujet des femmes mariées, on s'était demandé si, sous l'empire du Code civil, elles pouvaient être pourvues d'un conseil judiciaire. La jurisprudence l'avait admis (35). Sous l'empire de la nouvelle capacité, le mari aura à sa disposition l'interdiction de sa femme ou la nomination d'un conseil judiciaire, si les conditions légales sont réunies (36). Mais, aux termes de l'art. 213 C. civ., le tribunal pourra choisir n'importe qui comme conseil judiciaire d'une femme mariée, car le mari ne l'est pas de plein droit (37).

Certains auteurs ont fait entrer dans cette liste des dis-

---

(33) Aynès, op. cit. p. 139 et 140.

(35) Req. 12 mars 1877 ; D.P. 1878.1.184.

(36) Nast, op. cit. p. 6.

(37) Sur cette question, voir note Lalou sous jugement tribunal civil de la Seine 14.2.1939, D.P. 1939.2.33.

positions contenues dans le titre « du Contrat de mariage », notamment les art. 1427, 1538, 1555, 1556 et 1557. Ces textes, qui touchent aux régimes matrimoniaux et dont l'application est expressément réservée par l'art. 215 al. 2, ne doivent pas, à notre avis, figurer au nombre des limitations légales.

Telle est la liste que nous avons cru devoir dresser de ces dispositions légales. Nous n'en affirmons pas la certitude ; nous estimons que cette réserve n'est pas heureuse et qu'elle posera à l'interprète des problèmes délicats. Espérons que le jour où le législateur mettra tous les codes et lois en harmonie avec les principes nouveaux, cette disposition disparaîtra dans la rédaction de l'art. 215.

## § II. — *Les restrictions résultant du régime matrimonial adopté par les époux*

Le principe de cette restriction a toujours été admis et le projet de 1932 réservait expressément les dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux. La nouvelle capacité, comme d'ailleurs l'ancienne, variera suivant des limites fixées par le régime matrimonial adopté.

Dans son rapport supplémentaire fait devant le Sénat le 18 février 1937 (38), M Renoult avait formellement précisé « qu'il convient de noter que des garanties, quant aux biens, sont assurées au mari par l'ajournement formel, que contient le texte proposé, de tout remaniement actuel des régimes matrimoniaux ». On peut donc déduire des observations qui précèdent que rien n'est innové par le projet en ce qui concerne les droits d'administration et d'usufruit que peut conférer au mari sur les biens de sa femme le régime matrimonial choisi par les époux et que la femme,

---

(38) *J. O. Doc. parl. Sénat* 1937, n° 78.

habilitée désormais à passer des actes avec des tiers, ne pourra engager que les biens sur lesquels le mari ne possède aucun droit aux termes du régime matrimonial existant.

M. Delattre (39) ne s'exprimait pas autrement : « la femme sera libre de s'engager, de contracter ; cet engagement dépendant du régime matrimonial, elle ne pourra donner plus de droits qu'elle n'en a elle-même de par son contrat de mariage » ; la limitation est d'envergure. Il dira aussi que « la femme mariée pourra faire une donation ou passer un contrat, à condition que ces actes aient pour objet que les biens, sur lesquels le mari en vertu du régime matrimonial ne possède aucun droit d'administration ou de jouissance. »

Les intentions du législateur se trouvent ainsi précisées, sinon très clairement, du moins suffisamment pour que nous puissions en tirer la conséquence qu'il a voulu conserver le rôle si important que le chapitre « du Contrat de mariage » de notre code avait attribué au mari. On a fait remarquer que ce rôle était si important et si exclusif que la femme serait privée en fait de tout pouvoir d'action et qu'il paraît bien difficile de concilier la capacité complète que l'on veut accorder à la femme avec sa dépendance dans l'association conjugale administrée par le mari. Certains ont prétendu qu'il n'y avait pas une contradiction irréductible entre l'organisation traditionnelle de nos régimes matrimoniaux et la capacité de la femme mariée, en faisant la distinction déjà étudiée entre la capacité et les pouvoirs (40).

M. Ancel (41) étudie longuement cette question. Il croit,

---

(39) *J. O. Doc. parl. Chambre 1937, n° 3331.*

(40) Voirin, *D.H. 1934, chr. p. 64.*

(41) *Op. cit. p. 114.*

étant donné qu'aujourd'hui la capacité est la règle, que toutes les fois que l'on ne se trouve pas en face d'un texte formel, maintenant sur un point donné une incapacité limitée et exceptionnelle, le nouveau principe de capacité doit s'appliquer et que les restrictions dues au régime matrimonial ne sont pas par elles-mêmes une incapacité nouvelle. Il voit dans la capacité une notion subjective s'opposant à la notion objective de pouvoir, une institution destinée à protéger l'intéressé lui-même, tandis que la restriction à ses pouvoirs apparaît comme une garantie pour les tiers.

M. Ancel ne croit pas d'ailleurs qu'il faut faire de cette distinction une « *summa divisio* » de notre droit car il doute que nous soyons en présence d'un véritable critère juridique. Mais pour lui, cette distinction aura le mérite d'être un argument pour répondre à ceux qui croient qu'en restreignant cette capacité par les dispositions relatives au contrat de mariage, on fait retomber la femme mariée dans l'incapacité.

Cette distinction découle en pratique de la règle traditionnelle, aux termes de laquelle nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. M. Ancel (42) s'exprime ainsi : « Les droits du mari sur les propres de la femme dans le régime de communauté ne constituent pas pour elle une incapacité mais une simple restriction à ses pouvoirs, impliquant le concours de mari en tant que titulaire de droits coexistants sur le bien avec ceux du conjoint. »

Pour lui, la formule de l'art. 215 a eu le tort de mettre sur le même plan les restrictions à la capacité résultant des dispositions légales et celles qui dérivent des conventions matrimoniales ; les premières seulement restreignent

---

(42) Ancel, note 1939, 11, p. 121.

la capacité de la femme, alors que les secondes ont pour effet de soustraire au droit de disposition de la femme certains biens sur lesquels des droits antérieurs ont été consentis au mari, sans constituer une incapacité partielle.

C'est pour cela qu'il distingue, parmi les dispositions qui figurent au titre du contrat de mariage, certaines comme l'art. 1449, qui sont pour lui une survivance de l'incapacité, dont les conséquences seront une nullité (signalons d'ailleurs que de nombreux auteurs ont pour cette raison fait figurer cet art. 1449, comme les art. 1538 et 1576 C. civ., au nombre des limitations légales) et les restrictions dues au régime matrimonial proprement dites comme les art. 1401 et 1428 C. civ. dont les conséquences seront l'inopposabilité au mari. Une décision ultérieure du mari dans la deuxième hypothèse suffira pour faire produire effet à l'acte de la femme sur la communauté (43). La conséquence la plus importante sera que dans le premier cas, dispositions légales, le juge pourra suppléer le mari et donner son autorisation, alors qu'en cas de restrictions dues au régime matrimonial, le mari restera seigneur et maître et le juge ne pourra jamais donner son autorisation à la place du mari. C'est l'avis de M. Nast (44).

Le tribunal civil de la Seine, dans ses deux jugements du 17 novembre 1938 et du 1<sup>er</sup> décembre 1938, a fait une application de ces principes en refusant de statuer sur une demande d'autorisation judiciaire faite par une femme, car il ne lui appartenait pas de suppléer à l'intervention du mari pour faire produire effet à ces actes sur la pleine propriété des propres de la femme. Seul le mari est titulaire

---

(43) Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, C.E.D.C.F. 9<sup>e</sup> édit., p. 636.

(44) Nast, note D.P. 1939.2.72, .

de ces droits, il ne peut y renoncer (45). Ces deux jugements, sur lesquels nous reviendrons, n'ont pas d'ailleurs, comme le fait remarquer M. Ancel, voulu donner à cette distinction toute la portée théorique excessive que lui a donnée la doctrine allemande, mais ils ont le mérite de montrer que l'autorisation judiciaire ne peut relever la femme que d'un défaut de capacité et non d'un défaut de pouvoir, en l'occurrence d'une restriction due au régime matrimonial. Telle est l'opinion que nous croyons exacte au point de vue juridique.

D'autres auteurs ont souligné aussi que la formule de l'art. 215 est quelque peu inexacte puisqu'elle confond les deux notions de capacité et de pouvoir (46). M. Aynes (47) regrette l'erreur commise par le législateur de 1938 en confondant les notions de capacité et de pouvoir et fait observer très justement que l'autorisation du mari, même sous l'empire de la loi nouvelle, remplira suivant le cas plusieurs rôles : relever la femme de son incapacité (art. 1449 C. civ.), pouvant être suppléée par l'autorisation de justice, ou donner à la femme pouvoir sur un bien (art. 1428 C. civ.), sans pouvoir être suppléée par la dite autorisation de justice.

Ces opinions sont théoriquement exactes et sont reprises par M. Nast (48), qui se demande suivant quels principes il faudra combiner la capacité de la femme avec les règles de son régime matrimonial. Pour lui, la combinaison est possible, puisqu'elle avait été déjà faite par les législations allemande et suisse et elle doit se faire à la lumière

---

45) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.* t. I, mis à jour. p. 650 ; Josserand, *C.P.D.F. add. au t. III*, n°s 128 et 129.

(46) Josserand, *op. cit.* add. au T. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 21.

(47) *Op. cit.* p. 124.

(48) *Op. cit.* p. 6, col. 3 ; note *D.P.* 1939.2.72.

de la distinction entre incapacité et absence de pouvoir. Il décide alors que, sur tous les biens dont la femme a la propriété exclusive et sur lesquels le mari n'a ni droits ni pouvoirs, la femme a la capacité de faire librement tous actes qui ne lui sont pas interdits par un texte formel, que la femme n'a pas le droit de porter atteinte aux biens dont elle est propriétaire mais sur lesquels le mari a des droits ou des pouvoirs et qu'elle ne peut faire sur eux des actes de gestion et de disposition. La conclusion est donc que la capacité et les pouvoirs varieront suivant le régime adopté.

Si tout ceci est exact, s'il est possible de concilier cette capacité nouvelle et les règles matrimoniales, il sera difficile en fait aux tribunaux d'appliquer d'une manière uniforme les dispositions nouvelles. M. Esmein (49) a prévu à quelle gymnastique devraient se livrer les tribunaux pour appliquer la loi.

Nous verrons, en étudiant la capacité de la femme dans chaque régime matrimonial, que les tribunaux ont rendu des décisions contradictoires alors que, dans presque tous les cas qui leur étaient soumis, ils avaient à interpréter une de ces restrictions résultant du régime matrimonial, notamment en matière de successions. Dans une de ces espèces, le tribunal a rendu une décision contraire aux conclusions du ministère public, ce qui prouve que l'accord sur l'interprétation de la loi nouvelle n'est pas encore probant (50).

C'est l'avis de la plupart des auteurs. M. Ponelle (51) estime que la conciliation entre la nouvelle loi et la législation sur les régimes matrimoniaux s'avérera très difficile.

---

(49) D.H. 1938, chr. p. 38.

(50) T.C. Valognes, 8-3-1939 ; G.P. 18-19 juin 1939

(51) G.P. 30 juin 1938, p. 5.

M. Julliot de la Morandière (52) affirme qu'il était nécessaire d'adapter aux règles nouvelles les textes des régimes matrimoniaux.

M. Esmein (53) croit que la suppression de l'incapacité de la femme ne peut entraîner à elle seule la pleine disposition pour celle-ci de ses biens, tant que subsisteront les articles concernant les régimes matrimoniaux.

M. Roussel (54) estime que ces restrictions sont telles que l'al. 2 enlève presque toute sa portée utile à l'al. 1. « Nous avons, dit-il, une belle façade ornée au fronton d'une prestigieuse formule, mais il n'y a à peu près rien d'utilisable à l'intérieur. »

En fait, que vaut pratiquement une telle capacité conférée à la femme mariée, puisque celle-ci demeure soumise aux restrictions si importantes, si étendues en droit français de la loi ou de son régime matrimonial ?

Ce qui est dangereux, c'est que, comme nous l'avons déjà montré, les administrations, les banquiers, les notaires profiteront de ces difficultés pour écarter l'application de la loi nouvelle et exiger le consentement marital ; l'administration des P. T. T. a déjà refusé l'établissement d'un compte-courant postal sans autorisation maritale et le Ministère des P. T. T., pour justifier sa décision, met en avant ces restrictions dues au régime matrimonial, entre autres l'art. 1428 C. civ. pour les femmes communes en biens (55).

Nous dirons pour conclure, comme l'a fait le tribunal de commerce de Saint-Etienne le 2 mars 1939 (56), que cette

---

(52) Op. cit., p. 26.

(53) Op. cit. p. 38.

(54) G.P. chr. p. 63.

(55) J. Rolland, *Journal de la femme*, 1398.

(56) G. T., 13 juin 1939.

loi, tout en donnant à la femme mariée une liberté plus théorique d'ailleurs qu'effective, a laissé subsister toutes les incapacités résultant des divers régimes matrimoniaux, lesquels n'ont reçu jusqu'ici aucune modification les mettant en harmonie avec cette nouvelle évolution juridique ; nous verrons, en étudiant cette capacité sous les divers régimes matrimoniaux, que cette conclusion est exacte.

---

DEUXIEME PARTIE

**LE NOUVEAU STATUT MATRIMONIAL  
DE LA FEMME MARIÉE**

---

CHAPITRE I

**La capacité nouvelle de la femme mariée  
sous les divers régimes matrimoniaux**

Nous allons successivement examiner la situation de la femme sous les régimes communautaires puis sous les régimes de séparation et enfin sous le régime dotal.

SECTION I. — LA SITUATION DE LA FEMME  
SOUS LES RÉGIMES COMMUNAUTAIRES

C'est en étudiant les répercussions de la nouvelle loi sur la situation de la femme commune en biens que nous pourrons apprécier quelle est exactement la capacité de la femme dans la pratique. En effet, c'est sous le régime de communauté, qui est notre régime légal, que sont mariés la plupart des époux français.

Tout ce que nous dirons pour le régime de la communauté légale sera valable pour la communauté conven-

tionnelle, pour le régime sans communauté et pour la communauté réduite aux acquêts.

Sous tous les régimes communautaires, le mari a la jouissance et l'administration de tous les biens. Depuis la loi de 1938, nous verrons que, dans tous les régimes communautaires, la notion de pouvoir revêt une grande importance, alors qu'aucune disposition légale ne limite la capacité de la femme ; si elle est pleinement capable, ses pouvoirs sont réduits, du fait que le droit de gestion et de jouissance appartient au mari.

Nous examinerons d'abord les droits de la femme sur les biens communs, ensuite ses droits sur ses biens propres, enfin sa capacité à recueillir les libéralités à elle échues.

### § 1. — *Les droits de la femme sur les biens communs*

La loi nouvelle n'apporte aucun changement en ce qui concerne les biens communs.

Le mari, restant seigneur et maître de la communauté, l'administre seul et seul, il peut en disposer (art. 1421 C. civ.). Ses pouvoirs sont très étendus, la communauté recueillant tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages des propres des époux (art. 1401 al. 2 C. civ.).

La femme, avant comme après la loi de 1938, ne peut disposer des biens communs ; elle ne peut le faire que si elle est autorisée par son mari. Elle ne conserve que le droit de renoncer à la communauté et l'exercice de ses reprises sur les biens communs avant tout partage de la communauté, ainsi que des remèdes pratiquement impuissants : la demande de nullité d'un acte conclu par le mari dans une intention frauduleuse, son hypothèque légale et la possibilité de demander en justice la sépara-

tion de biens (1). Par le maintien des art. 1421 et s. C. civ., le mari conserve des pouvoirs exorbitants et absolus.

A la lecture des travaux préparatoires de la nouvelle loi, il est certain que le législateur de 1938 n'a pas voulu porter atteinte aux pouvoirs du mari comme chef, notamment sur les biens communs ; ce sont les pouvoirs du mari qui viennent limiter ceux de la femme.

L'analyse la plus saisissante de cette question de pouvoirs a été faite par M. Roussel (2), qui dit très justement que « ces restrictions résultent de droits que le Code civil a donnés à un autre sujet de droits, le mari, et qu'ici le droit de la femme trouve sa limite dans le droit personnel d'un autre ». Il ajoute : « que, bien que cet autre soit son mari et puisque la loi nouvelle n'a pas pu et n'a pas voulu dépouiller le mari de droits que les textes (art. 1401, 1421, 1928 C. civ.) ou le contrat lui ont octroyés, la femme ne saurait demander aux tribunaux la faveur d'une autorisation de justice qui ne se conçoit plus que dans des cas exceptionnels, de réaliser ce qui serait une illégale spoliation. »

La doctrine unanime estime que, malgré sa capacité nouvelle, la femme commune n'aura aucun droit sur la communauté.

M. Nast (3), entre autres, dit que « si elle a la capacité de contracter des dettes, elle n'a pas le pouvoir d'obliger les biens communs sans le consentement du mari ou, par exception, sans l'autorisation de justice ».

M. Ancel (4) estime aussi que rien n'est changé en ce qui

---

(1) Sur les inconvénients de la communauté. Voir Grinberg et Simon, op. cit. p. 23.

(2) G. P. 1935, chr. p. 63.

(3) Op. cit. p. 7.

(4) Op. cit. p. 121.

concerne les biens communs ; la femme ne peut ni en disposer seule, ni les engager, ses dettes ne pouvant être poursuivies sur ces biens lorsqu'elle n'a pas été autorisée par le mari.

M. Savatier (5) affirme que la qualité de « chef de la communauté » attribuée au mari par le Code civil engendrera les mêmes conséquences que par le passé et qu'il restera chef de la communauté, même s'il vient à perdre sa qualité de chef de famille. MM. Esmein (6) et Julliot de la Morandière (7) se rangent à cette opinion.

A ces pouvoirs tout puissants du mari sur la communauté, certains auteurs ont recherché s'il n'y avait pas quelques exceptions.

La femme commune pourra en effet, dans certains cas, participer à la gestion et à l'administration des biens communs. Elle le peut aux termes des lois de 1881 et 1895 sur les Caisses d'Epargne, puisque, pouvant sans autorisation se faire ouvrir un livret, déposer et retirer de l'argent, elle administre des biens qui sont en général des biens communs (8). Il en est de même de la loi de 1886 sur les caisses nationales de retraite pour la vieillesse et surtout de la loi du 13 juillet 1907. Mais la femme pourra aussi intervenir dans la gestion de la communauté en vertu d'un pouvoir propre, lorsque le mari est absent ou incapable et par là même empêché d'administrer la communauté (9) : par exemple, au cas d'interdiction et en se faisant nommer tutrice de son mari (art. 507 C. civ.), lorsque celui-ci est interné et en sollicitant la qualité d'administrateur aux ter-

---

(5) Op. cit. p. 72.

(6) Op. cit. G. P. p. 38.

(7) Op. cit. p. 25.

(8) Aynès, op. cit. p. 188.

(9) Roussel, op. cit. p. 64..

mes de la loi du 30 juin 1838 et en cas d'absence, en usant des prérogatives que lui donne l'art. 124 C. civ. Y a-t-il d'autres exceptions ? La femme commune pourra-t-elle faire sur les biens communs des actes de disposition ?

M. Aynès le croit (10). Au nombre des aliénations possibles, cet auteur cite la possibilité pour elle d'être partie à la donation, interdite à son mari agissant seul aux termes de l'art. 1422 C. civ. En intervenant, dit-il, c'est elle qui dispose de sa part dans le bien aliéné. Quant à nous, nous ne croyons pas qu'il y ait là un véritable pouvoir de disposition. Nous croyons seulement qu'en pouvant léguer librement sa part de communauté, droit qu'elle possédait avant 1938, la femme peut disposer d'une partie des biens communs, mais soulignons toutefois que le légataire devra attendre le partage de la communauté pour savoir ce qui lui revient.

M. Aynès croit aussi qu'à côté des véritables aliénations, la femme commune pourra consentir dans certains cas des obligations sur les biens communs. D'une manière générale, quand le mari autorise sa femme à accomplir tel acte, ce n'est pas lui qui contracte, c'est sa femme ; en agissant ainsi, cette dernière engage la communauté, puisqu'elle est autorisée par le mari (art. 1419, 1420 C. civ.).

Nous repoussons cette opinion, car nous ne voyons pas là un acte de disposition de la part de la femme, puisqu'à l'origine de l'acte accompli, il y a une autorisation du mari. Nous savons bien que M. Aynès estime que, depuis la loi de 1938, l'autorisation maritale n'aura plus dans le cas prévu par l'art. 1419 C. civ. une fonction habilitante, puisque la femme commune est désormais capable d'engager la communauté et de rendre l'obligation contractée

---

(10) Op. cit. p. 129.

par la femme exécutable sur les biens communs. Sans méconnaître les différentes fonctions de l'autorisation maritale, nous croyons que l'art. 1419 C. civ. nous offre l'exemple non d'un pouvoir de disposition sur les biens communs par la femme mais de l'absence de pouvoirs de sa part sur la communauté, puisque pour l'engager elle a besoin d'une autorisation.

De même, nous ne suivrons pas M. Aynès quand il dit qu'il y a acte de disposition de la part de la femme sur les biens communs dans l'art. 1410 C. civ., aux termes duquel la communauté est engagée quand la femme a contracté une obligation mobilière ayant acquis date certaine antérieure à la célébration et ce, pour la bonne raison que la communauté n'existe pas encore.

L'opinion de M. Aynès est peut être exacte pour la théorie du mandat domestique puisque, par ses actes ménagers, elle engage sans autorisation la communauté ; elle ne l'est plus quand il justifie comme acte de disposition possible pour la femme ses actes commerciaux engageant la communauté (art. 4 C. com., 1426 C. civ.) ou lorsque, autorisée de justice, elle engage les biens communs pour tirer son mari de prison ou pour établir un enfant (art. 1427 C. civ.), en mettant en avant cette fonction de l'autorisation maritale non habilitante mais permettant d'engager la communauté.

M. Ancel (11) signale aussi, sans donner la même raison, que les art. 1426 et 1427 C. civ. constituent une exception aux pouvoirs du mari sur la communauté, quoiqu'il estime que, même sous l'empire de la loi de 1938, pour l'art. 1427 C. civ., l'autorisation de justice sera obligatoire.

M. Roussel (12) partage cette opinion. L'exception la

---

(11) Op. cit. p. 121.

(12) Op. cit. p. 63.

plus importante aux principes du Code civil est, à notre avis, constituée par les pouvoirs d'administration et de disposition que la femme, aux termes de la loi de 1907, a sur les biens réservés qui sont, ne l'oublions pas, des biens de communauté.

La femme commune recueille de la loi nouvelle un avantage certain, puisqu'elle sera désormais dispensée de fournir les justifications exigées par l'ancien art. 1 al. 5 de la loi du 13 juillet 1907 (13). Nous venons d'examiner les droits de la femme sur les biens communs. Ils sont, comme par le passé, exceptionnels ; en tout cas, la loi de 1938 n'a apporté aucun changement.

### § II. — *Les droits de la femme sur les biens propres*

Distinguons, comme l'a fait M. Nast (14), deux hypothèses :

La première est celle où, par contrat de mariage, la femme s'est réservée la jouissance et la gestion de ses biens propres.

La solution ne présente alors aucune difficulté. M. Nast dit que dans ce cas « elle a depuis la présente loi la capacité de faire sur ses propres tous actes juridiques, elle peut les administrer, les aliéner à titre onéreux ou gratuit, les hypothéquer, les obliger par ses dettes quelconques et, si elle accepte une succession sans le consentement de son mari, les créanciers héréditaires ont pour gage la pleine propriété de ses propres ». En effet, jouissant désormais d'une pleine capacité, la femme, qui se sera réservée par son contrat de mariage la libre gestion et l'entière jouissance de ses propres, ne la verra pas entravée dans son

---

(13) Ancel, op. cit. p. 123 ; Nast, op. cit. p. 7.

(14) Op. cit. p. 7, col. 1 (note D. H. 1939.2.72).

exercice par les pouvoirs du mari. Elle aura donc pleine capacité et tous pouvoirs sur ses propres.

La deuxième hypothèse est la plus normale et la plus fréquente en l'absence de toute clause contraire du contrat de mariage ; dans celle-ci, le mari a la jouissance et la gestion des biens propres de la femme (art. 1428 et 1590 C. civ.). Les pouvoirs de la femme trouvent leurs limites dans ceux du mari (15).

Que le patrimoine propre de la femme commune soit de nature immobilière ou qu'il soit mobilier en tout ou en partie, les pouvoirs du mari comme usufruitier seront les mêmes et limiteront également les droits que peut avoir sur eux la femme désormais capable. Le mari conservera comme par le passé son droit d'administration et de jouissance sur les biens propres de la femme. Ceci résulte sans aucun doute des travaux préparatoires.

M. Renoult (16) a formellement prévu ce droit d'administration et d'usufruit que peut conférer au mari sur les biens de sa femme le régime matrimonial choisi par les époux et aussi l'impossibilité pour la femme, par ses actes pour lesquels elle sera désormais capable, d'engager d'autres biens que ceux sur lesquels le mari ne possède aucun droit aux termes du régime matrimonial. Ce qui visait surtout les régimes communautaires. M. Delattre (17) ne s'exprimait pas autrement. Il disait notamment : « En ce qui concerne la capacité de la femme relativement aux biens, il est évident que les femmes mariées sans contrat, c'est-à-dire soumises à la communauté légale, dont le mari

(15) Roussel, op. cit. p. 63.

(16) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 349 ; *J. O. Doc. parl. Sénat* 1937, n° 78, p. 3.

(17) *J. O. Doc. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 9.

demeure le chef, ne retireront pas un avantage pratique considérable du principe nouveau de la capacité. Sans doute, devenues civilement capables, elles pourront accepter une succession ou une donation sans autorisation du mari, mais la propriété de ses biens entre, soit dans le patrimoine commun s'ils sont mobiliers, soit dans le patrimoine propre s'ils sont immobiliers ou donnés avec clause d'exclusion de la communauté ; ils n'en seront pas moins soumis à l'administration exclusive du mari. La règle sera la même en ce qui concerne la femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. »

De ces travaux préparatoires, tous les commentateurs de la nouvelle loi ont conclu sans aucune restriction que la femme commune ne pourra aliéner, hypothéquer ou disposer que de la nue propriété de ses propres et ses engagements ne pourront avoir pour gage que cette nue-propriété et ses biens réservés si elle en a.

M. Nast (18) dit que, dans ce cas, elle aura la capacité d'aliéner ses propres, de les hypothéquer ou de les grever de droits réels, mais sous réserve du droit de jouissance du mari.

MM<sup>es</sup> Grinberg et Simon (19) sont du même avis. La femme commune ne pourra disposer que de la nue propriété de ses meubles et immeubles propres. Après avoir rappelé que la femme commune est dans la position de tout nu propriétaire vis à vis de l'usufruitier, elles estiment que celle-ci, comme tout nu propriétaire, pourra aliéner la chose soumise à l'usufruit, la grever d'hypothèques et de servitudes, à la condition toutefois que les actes de disposition qu'elle accomplit ne lèsent en rien les droits de l'usufruitier.

---

(18) Op. cit. p. 7.

(19) Op. cit. p. 23.

Mais, disent-elles, si la femme engage la communauté, le droit de poursuite des créanciers ne pourra s'exercer qu'à la dissolution de celle-ci. Elles concluent qu'en pratique seule la femme en instance de divorce ou de séparation de corps pourra disposer de la nue propriété de ses biens propres par voie de vente ou d'hypothèque, car dans ce cas, la dissolution de la communauté ne saurait tarder.

M. Ancel (20) ne s'exprime pas autrement en disant que, sous les régimes communautaires, aux termes des art. 1428, 1401 al. 2, 1530, 1531 et 1533 C. civ., la femme ne pourra disposer que de la nue-propriété de ses propres et ses engagements ne pourront s'exercer que sur cette nue-propriété et ce, jusqu'à la dissolution de la communauté.

M. Savatier (21) dit également que la femme commune ne pourra disposer de ses propres que pour la nue-propriété, qu'elle pourra s'obliger sur ses biens mais que ses créanciers ne pourront saisir que cette nue-propriété.

MM. Julliot de la Morandière (22), Esmein (23), Dallant (24) et Josserand (25) sont du même avis.

M. Roussel (26) dit très justement aussi que la femme commune en biens aura désormais, sans avoir à solliciter aucune autorisation, le droit d'hypothéquer ses biens mais seulement en nue-propriété, les art. 1401, 1421, 1426, 1428 étant maintenus. Il ajoute que les tribunaux ne pourront pas suppléer à l'autorisation du mari, car l'autorisation

---

(20) Op. cit. p. 123.

(21) Op. cit. p. 72.

(22) Op. cit. p. 25.

(23) G.P., op. cit. p. 38.

(24) Dallant, *Sem. Jur.* 1938, p. 1016.

(25) Op. cit. p. 17 et 21.

(26) Op. cit. p. 63.

de justice ne permettra pas à la femme d'engager la communauté.

Tout à fait au début de l'histoire législative de la présente loi, M. Voirin (27) avait exprimé la même opinion.

M. Aynès (28) se range aussi à l'avis de la majorité des auteurs. La femme n'aura aucun droit d'administration et de disposition sur ses propres, sauf clause contraire de son contrat de mariage. Il croit toutefois qu'il y a deux exceptions pratiques à cette règle : les praticiens exigeant en général la signature de la femme lorsque le mari veut convertir des titres nominatifs en titres au porteur ou faire un bail des biens de la femme pour une période qui excède neuf ans (art. 1429 C. civ.) ; pour cet auteur, sauf si la femme n'agit que comme mandataire de son mari, les obligations valablement contractées par celle-ci ne grèveront que la nue-propriété de ses propres.

Nous venons de résumer l'opinion des principaux commentateurs de la loi nouvelle et nous avons vu qu'ils étaient tous d'accord sur la solution admise.

Un seul auteur, M. Ripert (29) ne paraît pas admettre que la femme commune pourra aliéner la nue-propriété de ses propres. Il n'admet pas cette solution en raison de la rédaction de l'art. 213 al. 2 et du maintien de l'art. 1428 C. civ., parce que l'aliénation des immeubles est, nous le verrons, toujours interdite à la femme séparée de biens. Il y aurait pour lui un régime vraiment trop incohérent. Cette analogie ne peut permettre d'aboutir à l'opinion de M. Ripert ; tout au plus le maintien des art. 1449 et 1538 C. civ. a-t-il fait dire à certains que, par une clause du

---

(27) Op. cit. p. 64.

(28) Op. cit. p. 196.

(29) Planiol et Ripert, T.E.D.C., t. III, p. 3, n° 888, mis au courant le 1<sup>er</sup> oct. 1939.

contrat de mariage, les époux ne pourraient rendre à la femme commune le pouvoir d'aliéner la pleine propriété de ses immeubles.

Il nous semble que la solution admise par la plupart des auteurs est la seule juridiquement possible, puisque la femme est désormais capable, que cette aliénation limitée à la nue-propriété ne heurte pas le droit d'usufruit qui appartient au mari. D'ailleurs, avant 1938, la femme devait intervenir aux côtés de son mari pour que l'aliénation de son immeuble propre faite par le mari porte sur la pleine propriété ; elle avait donc déjà le pouvoir de disposer de cette nue-propriété. Il ne peut en être autrement aujourd'hui.

En fait d'ailleurs, la femme commune ne pourra se passer du consentement marital, car peu d'acheteurs se présenteront pour une nue-propriété, même si les époux sont en instance de divorce. La situation de la femme séparée de biens nous paraît préférable, car elle pourra, à défaut de l'autorisation maritale, obtenir l'autorisation de justice que la femme commune ne peut avoir, car cette autorisation ne peut remplacer celle du mari et équivaloir à une renonciation au droit de jouissance de ce dernier. En pratique, on a fait à la femme commune un cadeau qui paraît somptueux mais qui est parfaitement inutile.

L'étude de la jurisprudence nous permettra d'arriver aux mêmes conclusions.

Un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 17 novembre 1938 (30) a stipulé que, sous le régime de la communauté légale, la femme ne rencontre d'autres obstacles à la libre aliénation de ses immeubles propres que le droit d'usufruit conféré à la communauté par l'art. 1401

---

(30) G. P. 5 janvier 1939.

C. civ. et exercé par le mari en sa qualité d'administrateur, que ce droit ne constitue pas pour la femme une incapacité, mais une restriction à ses pouvoirs impliquant pour une aliénation en pleine propriété le concours du mari ; dans ces conditions, l'autorisation de justice est superflue pour l'aliénation de la nue-propriété des immeubles de la femme et ne saurait être admise à suppléer le concours du mari pour l'aliénation de son droit d'usufruit.

En l'espèce, la dame Dickinson voulait disposer de la pleine propriété de ses immeubles propres, mais, n'ayant pu trouver la résidence de son mari, elle demandait à la justice son autorisation après avoir fait citer son mari qui ne se présentait pas. Le tribunal saisi de cette demande décidait, pour les raisons sus indiquées, qu'il n'y avait pas lieu à statuer sur cette demande d'autorisation.

Ce jugement suit donc l'opinion doctrinale unanimement admise.

Un autre jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 1er décembre 1938 (31) suit cette même opinion en ce qui concerne le droit d'hypothèque d'une femme commune sur un immeuble propre. Dans l'espèce, la dame Til voulait contracter sur ses immeubles propres un emprunt hypothécaire et, sur le refus du mari, s'était adressée à la justice. Le tribunal refusa alors de statuer sur ladite demande, la femme n'ayant d'une part aucun besoin d'autorisation pour hypothéquer seulement la nue propriété de ses immeubles propres et, d'autre part, l'autorisation de justice ne pouvant suppléer à celle du mari pour permettre d'hypothéquer la pleine propriété des dits immeubles.

M. Ancel (32) a dégagé les principes juridiques qui éma-

---

(31) G. P., 31 janvier 1939, S. 1939 2, p. 121.

(32) Note S. 1939 2, p. 121.

nent de ces deux jugements rendus en application de la loi nouvelle.

Après avoir réfuté la théorie de M. Ripert sur l'impossibilité pour la femme commune d'aliéner même la nue-propriété de ses propres, il estime que le défaut d'harmonie entre la situation de la femme commune et de la femme séparée n'est pas bien grand en pratique, puisqu'en fait la femme séparée aura à sa disposition l'autorisation de justice que la femme commune n'aura plus. M. Ancel approuve la solution du tribunal civil de la Seine qui fait une saine appréciation de la distinction à laquelle la loi de 1938 a donné un relief particulier, celle de la capacité et des pouvoirs. Sous le régime de communauté, les droits du mari sur les propres de la femme ne constituent pas pour elle une incapacité mais une simple restriction de ses pouvoirs, impliquant le concours du mari en tant que titulaire de droits coexistants sur les propres avec ceux de la femme.

Les conséquences ne sont pas une nullité, mais une inopposabilité au mari (33). Une adhésion ultérieure de celui-ci suffira pour lui faire produire effet à l'égard de la communauté, mais le juge ne pourra suppléer le mari. Le tribunal de la Seine, dans les deux jugements en question, a adopté la distinction entre capacité et pouvoir qu'a confondue l'art. 215 (34), mais sans lui donner la portée théorique évasive de la doctrine allemande qui en a fait une « *summa divisio* ».

En somme, la femme commune ne peut engager que la nue-propriété de ses propres. A l'heure actuelle, l'auto-

---

(33) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.* p. 636.

(34) Josserand, *op. cit.* p. 21.

risation de justice n'existera plus en cette matière, puisque seul le mari est titulaire de ces droits.

Le tribunal de la Seine, dans un jugement du 24 novembre 1938 (35), a pris la même décision en ce qui concerne un régime de séparation de biens auquel était adjoind une société d'acquêts. Il a jugé que, puisque les époux avaient adjoind à leur régime principal une société d'acquêts, le mari possédait jusqu'à la dissolution de la société un droit sur les biens en faisant partie, auquel il peut seul renoncer et que l'autorisation, donnée par la justice pour suppléer le refus du mari, ne peut porter atteinte à ce droit. Le tribunal de la Seine n'avait alors donné l'autorisation que pour aliéner la nue-propriété de ses immeubles propres. Remarquons d'ailleurs que c'était pour lui une obligation même pour la nue-propriété, parce que la femme étant séparée de biens ne pouvait pas librement aliéner ses immeubles sans autorisation de justice (art. 1449 et 1538 C. civ.). Il n'en aurait pas été de même si la femme avait été commune en biens, mais il est intéressant de retenir qu'en raison de cette société d'acquêts, l'autorisation n'était valable que pour la nue-propriété des immeubles propres de la femme.

Nous verrons d'ailleurs que le tribunal de la Seine, dans un jugement du 12 janvier 1939 (36), a rendu la même décision pour un régime dotal assorti d'une société d'acquêts, jugement que nous examinerons en étudiant les répercussions de la loi nouvelle sur le régime total.

Très intéressante aussi est une décision du tribunal civil de Valognes en date du 8 mars 1939 (37), concernant la possibilité pour la femme commune de pouvoir engager

---

(35) G. P., 23 janvier 1939.

(36) G. P. 28-2-1939 ; D. H. 1939, som. p. 21.

(37) G. P., 18 et 19 juin 1939.

par ses obligations la nue-propiété de ses propres. Aux termes de ce jugement, il est dit que la femme mariée, même sous le régime de la communauté, peut valablement depuis la loi du 18 février 1938 (art. 215 nouveau) acquérir des immeubles moyennant un prix payable à terme, mais que ces obligations, résultant pour elle du contrat d'acquisition, ne sauraient porter atteinte aux droits d'usufruit de la communauté administrée par le mari et ne peuvent être sanctionnées que par recours sur la nue-propiété de ses propres. Dans le cas *Hennequin contre époux Noël*, la saisie pratiquée par le créancier ne visait que cette nue-propiété et le commandement était donc valable, mais le commentateur du dit jugement estime qu'ainsi on fait produire à la loi nouvelle des effets inattendus et inacceptables, en admettant que la femme mariée commune en biens puisse à la faveur de l'art. 215 nouveau se constituer des propres immobiliers en dehors de tout emploi régulier et qu'elle limite l'action en poursuite du vendeur à la nue-propiété des immeubles entrés dans le patrimoine propre de la femme, en raison de ce que la jouissance de ces immeubles à laquelle ont droit la communauté et le mari, ne saurait être l'objet d'une action de la part du vendeur.

En fait cette décision, rendue contrairement aux décisions du ministère public, peut permettre des collusions frauduleuses entre époux au détriment des créanciers, mais, à notre avis, c'était la seule solution juridiquement possible, puisqu'elle fait application des principes que nous venons de justifier et que la jurisprudence, tout au moins celle du tribunal civil de la Seine a homologués.

Il ressort sans aucun doute des travaux préparatoires, de la doctrine et de la jurisprudence que la femme commune en biens, pleinement capable, verra ses pouvoirs limités par ceux du mari à la nue-propiété de ses pro-

pres (aliénations, constitutions d'hypothèques et de droits réels, obligations) et que l'autorisation de justice ne pourra pas dans ce cas suppléer celle du mari, seul titulaire de ces droits.

§ III. — *La capacité de la femme commune en matière de libéralités*

La femme, quel que soit son régime matrimonial, pourra, aux termes de l'art. 215, accepter sans autorisation une libéralité, que ce soit un don, un legs ou une succession. L'abrogation de l'art. 776 C. civ. § 1 par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1938 en est la preuve formelle.

Les travaux préparatoires ne peuvent permettre d'en douter et les premiers commentateurs de la loi l'ont admis sans difficultés, sous réserve toutefois des restrictions du régime matrimonial adopté. Demandons-nous quelles sont ces restrictions sous le régime de communauté. Ces restrictions vont résulter des art. 1401, 1409, 1413 et surtout de l'art. 1417 C. civ. Dès maintenant, nous pouvons dire que lorsque le mari n'a pas voulu concourir à l'acceptation de la femme, les effets de cette acceptation sont singulièrement restreints.

La plupart des auteurs ont reconnu qu'en fait la femme n'aurait que des avantages à solliciter l'autorisation matrimoniale, car si la femme peut désormais accepter librement une succession ou une donation, ces biens entrent soit dans le patrimoine propre de la femme s'ils sont immobiliers ou donnés avec clause d'exclusion de la communauté et sont alors soumis à l'administration du mari, soit dans le patrimoine commun s'ils sont mobiliers ; l'acceptation de la femme ainsi que les formalités qui suivront (inventaire, partage, liquidation, licitation) ne peuvent porter atteinte aux pouvoirs du mari.

M. Roussel (38) a très justement souligné que les pouvoirs du mari sont si étendus en fait que la femme devra recourir à l'autorisation maritale pour accepter une succession si elle veut que cette opération engendre tous ses effets.

M. Nast (39) précise que, si la femme commune a la capacité d'accepter une succession, la communauté ne répondra des dettes grevant les successions acceptées par elles et entrées en communauté que si l'acceptation a été autorisée par le mari (art. 1417 C. civ.), à moins que celui-ci ait omis de faire l'inventaire du mobilier ; « elle aura bien la capacité d'acquérir des biens, notamment par succession, donation ou legs, mais les biens acquis par elle seront immédiatement grevés du droit de jouissance du mari et soumis à son administration ». Cet auteur semble en tirer la conséquence que, sans l'autorisation du mari, les créanciers héréditaires ne pourront saisir que la nue-propriété de ses propres sauf dans un cas ; si elle s'est réservée par contrat la gestion et la jouissance de tous ses propres, les créanciers auront alors pour gage leur pleine propriété. En un mot, l'acceptation sans le consentement du mari ne peut porter atteinte aux droits de celui-ci sur la communauté et, en particulier, ne peut obliger les biens communs des dettes héréditaires.

C'est dans ce même ordre d'idée mais en se plaçant à un point de vue plus pratique que M<sup>re</sup> Grinberg et Simon (40) croient qu'en cas d'acceptation d'une libéralité par la femme, le notaire, s'il n'aura plus à exiger l'autorisation maritale puisque la femme est désormais capable de l'accepter librement, devra après les opérations de liquidation

---

(38) Op. cit. p. 63.

(39) Op. cit. p. 7.

(40) Op. cit. p. 67.

verser les fonds provenant de ces libéralités entre les mains du mari, chaque fois que ces fonds seront soumis à son administration. Elles ajoutent que d'ailleurs le mari aura seul, comme par le passé, le droit de procéder au partage si les biens échus à la femme doivent tomber en communauté.

M. Aynès (41) insiste sur la nouvelle fonction de l'autorisation du mari en matière de libéralités. Si le mari autorise sa femme à accepter telle succession, les créanciers héréditaires auront pour gage les biens communs.

Cet auteur a bien mis en relief les avantages de l'autorisation maritale, surtout en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers, d'autant plus qu'il croit que l'autorisation de justice ne devra plus être exigée, parce que le mari, titulaire de droits qui lui sont personnels, pourra seul apprécier s'il doit ou non autoriser sa femme, puisque toute autorisation habilitante doit disparaître ; c'est pour cela que cet auteur estime qu'on devrait considérer comme tacitement abrogée la mention dans les art. 1413, 1416 et 1417 de l'autorisation de justice.

M. Aynès signale aussi très justement que, lorsque la femme recueille une succession, si les biens à elle échus doivent tomber en communauté, c'est le mari seul qui doit procéder au partage ; il peut même, dit-il, procéder seul au partage provisionnel des biens destinés à rester propres mais, lorsque ces biens doivent être partagés définitivement, la femme doit y participer (art 818 C. civ.).

La femme ne pourra agir seule que si les biens hérités par elle sont des nues-propriétés, ce qui est rare. Le plus souvent, c'est donc le mari qui procédera seul ou avec la

---

(41) Op. cit. p. 194 et 201.

femme à ce partage puisqu'il est administrateur de la communauté et des propres de la femme.

L'étude la plus approfondie sur la question est celle de M. Ponelle (42) sur les successions et le droit de poursuite des créanciers, spécialement réservée à la femme commune en biens. Pour cet auteur, dont l'opinion rejoint celle des autres commentateurs de la loi de 1938, le principe ne fait aucun doute : la femme peut accepter seule toutes successions, mais en pratique le gage des créanciers successeurs dépendra de l'attitude prise par le mari.

Il ne croit pas toutefois, comme M. Bonnecase, qu'il faut considérer les art. 1416 et 1417 C. civ. comme tacitement abrogés, car ces deux articles conservent toute leur utilité mais avec un sens différent : la femme n'aura pas besoin de l'autorisation maritale pour accepter une succession, mais elle pourra toujours demander cette autorisation et le mari pourra la lui donner. Les créanciers gagneront ainsi deux autres gages : la communauté et les propres du mari. M. Ponelle dit à ce sujet : « Qu'il ne s'agit plus de la permission indispensable d'un supérieur hiérarchique mais de la caution bénévole d'un associé », ce qui implique alors en cette matière l'abrogation définitive de l'autorisation de justice qui n'avait qu'une fonction habilitante et qui ne présente plus aucun intérêt pour la femme, désormais pleinement capable.

L'art. 1416 al. 2 n'est pas à abroger, quoique l'autorisation de justice soit supprimée, puisque c'est une pénalité contre l'abstention officielle du mari qui évite de donner sa caution personnelle et qui ne fait pas inventaire lorsque sa femme accepte seule la succession. Cet auteur insiste en définitive sur le rôle de l'autorisation maritale

---

(42) G. P. 1938, chr. p. 5.

en matière de libéralités. Si le mari n'intervient pas, le gage des créanciers comprendra les biens successifs et la nue propriété de ses propres, si elle en a, et, si le mari intervient, ce gage s'étend aux trois patrimoines : biens communs, propres du mari et de la femme. Il en sera de même quand les biens de la succession seront confondus avec le mobilier commun sans inventaire préalable. Dans tous les cas, le juge n'aura plus à donner son autorisation.

De cette doctrine quasi unanime, nous pouvons tirer la conclusion que la femme peut librement accepter une libéralité, mais que, dans certains cas, pour respecter les pouvoirs du mari, administrateur de la communauté et des propres de la femme, cette dernière devra obtenir son autorisation mais aussi la certitude qu'en matière de libéralités l'autorisation de justice n'aura plus aucune utilité.

Demandons-nous maintenant si la jurisprudence suivra l'avis de la majorité des commentateurs de la loi nouvelle.

La jurisprudence va nous éclairer de ses précieuses indications, car déjà les tribunaux ont été saisis de demandes d'autorisation émanant d'une femme commune au sujet d'une succession à elle échue. Sur le principe, aucun doute ; l'acceptation d'une succession lui est aujourd'hui permise (abrogation des art. 217, 776 al. 1 C. civ.). Mais dans quelle mesure joueront en la matière les restrictions à cette capacité nouvelle (art. 215 al. 2) ?

Nous ne voulons pas parler du jugement du tribunal civil de la Seine en date du 21 janvier 1939 (43) qui, tout en appliquant le principe sus-énoncé a trait à un régime de séparation de biens et que nous étudierons plus loin, ainsi que d'un jugement du tribunal civil de la Seine du 12 janvier 1939 (44) qui a trait à un régime dotal, auquel les

---

(43) G. P., 1<sup>er</sup> mars 1939.

(44) G. T., 28 février 1939.

époux avaient adjoint une société d'acquêts. Nous verrons plus loin que, dans sa décision, le tribunal de la Seine a tenu compte que, même sous l'empire de la loi nouvelle, le mari est administrateur de la dot, mais aussi qu'il a un intérêt personnel résultant pour lui de la société d'acquêts, en refusant de faire droit à la demande d'autorisation en justice de son épouse. En l'espèce, il s'agissait de défendre à une citation en liquidation et partage d'une succession échue à la femme. En raison de l'intérêt personnel du mari dans la société d'acquêts, nous laissons de côté son rôle d'administrateur de la dot, il peut seul, a dit le tribunal de la Seine, accorder ou refuser ladite autorisation et le tribunal ne peut suppléer son refus.

Le tribunal civil de Versailles, dans son jugement du 3 février 1939 (45), a stipulé que la chambre de conseil ne saurait par une voie détournée disposer du droit d'administration, de jouissance et même de disposition que les textes toujours en vigueur (art. 1401, 1421 et 1428 C. civ.) réservent au mari sur les biens propres de la femme mariée sous le régime de la communauté légale. Il refusa de statuer sur la demande d'une autorisation judiciaire faite par la femme aux fins d'acceptation d'une succession à elle échue, ce qui était superflu puisque la femme pouvait le faire librement, et encore de l'accomplissement de toutes opérations nécessaires, aliénations, liquidations pour le règlement de cette succession. Là était l'intérêt de la question. En l'espèce, le mari avait refusé son autorisation. Le tribunal de Versailles a donc décidé que l'autorisation d'accepter une succession n'avait pas à être donnée à la femme, puisque l'art. 215 C. civ. nouveau lui avait donné ce droit mais qu'une autorisation de ce genre était néces-

---

(45) G. P., 15 mai 1939.

saire pour les opérations entourant le règlement de ladite succession qui ne pouvait être accordée par la justice, car sinon elle porterait atteinte aux droits du mari. Evidemment, si le mari refuse son autorisation où s'il est absent ou incapable, cas auxquels on peut remédier, la situation de la femme sera pénible mais, aux termes des principes jusqu'ici unanimement admis et par surcroît justifiés, le tribunal saisi ne pouvait répondre autrement (46).

Intéressante aussi est la décision rendue par le tribunal civil de la Seine le 11 mai 1939 (47) ; après avoir rappelé le principe que désormais la femme commune peut accepter librement une succession, mais sous la réserve des restrictions pouvant résulter dans l'exercice de ce droit des règles du régime de la communauté, le tribunal de la Seine refusa de statuer, en présence de la carence du mari, sur la demande d'autorisation sollicitée par la dame Etienne, motif pris qu'elle devait, comme par le passé, solliciter l'autorisation de son mari en raison de l'influence de ladite autorisation sur l'étendue de la contribution de la communauté au paiement des dettes héréditaires, ce qui revient à dire que l'acceptation de la succession par la femme seule n'aura aucun effet, ni activement, ni passivement à l'égard de la communauté et à l'égard du mari. Le tribunal de la Seine a jugé en outre que la femme n'était plus tenue de solliciter l'autorisation de justice qui ne pourrait plus d'ailleurs suppléer celle du mari, car ce dernier peut seul apprécier s'il doit ou non accorder son autorisation, et de plus qu'il appartient à la femme de suppléer la carence de son mari, pour la protection même de ses droits dans la communauté, en faisant dresser l'inventaire

---

(46) Roussel, *op. cit.* p. 63.

(47) G. P., 2 juillet 1939.

prévu par l'art. 1314 C. civ. et ce, sans autorisation de justice qui ne lui serait d'aucune utilité à cette fin.

Enfin, un jugement du tribunal civil de Beauvais du 12 mai 1939 (48) a montré dans quel but et pour quels motifs l'autorisation du mari était nécessaire. Il a jugé que le mari commun en biens doit, pour l'exercice par sa femme de ses droits successoraux, non pas lui donner son autorisation maritale, exigence abrogée par la loi de 1938, mais participer aux opérations de la liquidation en raison du régime patrimonial de communauté légale, d'une part comme co-proprétaire des biens communs dans la mesure où la succession est mobilière et d'autre part comme administrateur de la communauté, usufruitière des biens propres de la femme. Pour cela, il ne peut être suppléer à cette intervention du mari par une autorisation de justice, même en cas d'interdiction ou d'absence du mari. En l'espèce, dame Leroy contre son mari, ce dernier était présumé absent ; le tribunal a jugé que la loi nouvelle a laissé subsister le droit pour lui de commettre un notaire à l'effet de représenter les intérêts du présumé absent dans la communauté, conformément à l'art. 213 C. civ. Il a de plus nommé un administrateur provisoire conformément à la loi du 30 juin 1838, car la femme est internée dans un asile d'aliénés mais non interdite, ce qui a fait dire au commentateur de ce jugement que cet administrateur ne pourrait pas, semble-t-il, accepter la succession au nom de l'aliénée, car cette acceptation dépasserait ses pouvoirs ; il y aurait lieu par suite, dit-il, de provoquer l'interdiction ; le tribunal tournait alors la difficulté en donnant au notaire et à l'administrateur désignés le pouvoir de procéder aux opérations de compte, liquidation, partage et licitation de

---

(48) G. P., 6 juillet 1939.

la succession échue à la femme. Il a donc trouvé un remède à la carence du mari, ne pouvant fournir son autorisation même quand le mari est présumé absent.

M. Nast (49) nous fait part des réflexions que lui inspirent ces divers jugements. Se bornant à la question des libéralités, il estime qu'à la lecture des jugements du tribunal de la Seine des 26 janvier et 11 mai 1939 et du tribunal de Versailles du 3 février 1939, il ne fait aucun doute que la femme a désormais pleine capacité pour accepter une succession mais que, dans le jugement du 26 janvier 1939, le tribunal de la Seine est allé trop loin en estimant nécessaire pour une femme séparée, (la solution serait la même pour une femme commune), l'autorisation du mari pour accepter ou répudier une succession immobilière, pour partager l'hérédité ou pour liciter les immeubles successoraux. Il faut faire une distinction : la femme n'avait besoin d'aucune autorisation pour accepter une succession, même immobilière, quitte à se faire autoriser ensuite pour procéder au partage ou à la licitation des immeubles.

M. Nast distingue très justement l'acceptation elle-même de la succession, pour laquelle la femme est entièrement libre, des opérations qui suivent cette acceptation : liquidation, licitation des immeubles pour lesquelles il faudra l'autorisation du mari.

D'ailleurs cette opinion est corroborée par les jugements du tribunal de Versailles du 3 février 1939 et du tribunal de la Seine du 11 mai 1939 ; la femme n'aura pas le pouvoir de procéder à la liquidation d'une succession à elle échue et tombée en communauté, car seul le mari a le pouvoir de le faire. D'ailleurs M. Nast estime que la femme aura toujours, ainsi que ses héritiers, un moyen

---

(49) Note D. P. 1939.2.72.

à sa disposition ; elle pourra, par application de l'art. 815 C. civ., assigner le mari en partage provisionnel de la succession et même en partage définitif, puisque le mari est administrateur des propres de la femme.

Donc la femme commune a pleine capacité pour accepter une libéralité, mais le mari sera amené à donner son autorisation lorsque les biens successoraux entreront en communauté ou lorsqu'il s'agira d'un partage ou d'une licitation des biens successoraux ; en tout cas, le gage des créanciers héréditaires dépendra de la position prise par le mari et le juge n'aura plus à donner son autorisation.

Si l'on en croit les travaux préparatoires, la doctrine et la jurisprudence, la femme commune en biens est pleinement capable, elle n'aura jamais besoin de l'autorisation de son mari ou de justice pour faire un acte valable, elle pourra faire des aliénations, constituer des droits réels, accepter ou répudier une succession, faire un partage ou transiger (50), mais ceci, dans la limite de ses pouvoirs qui sont en fait bien minimes. Elle est, comme dit M. Nast, dans la situation d'un associé non gérant dans une société.

Nous avons vu qu'un jugement du tribunal de la Seine du 2 juin 1938 avait accordé à une femme commune l'entière capacité de transiger parce qu'aucune disposition prévue par l'art. 215 al. 2 ne venait restreindre cette capacité et que le mari n'avait aucun droit sur l'indemnité qui revenait à sa femme. Malheureusement, les cas de ce genre seront rares et le plus souvent la capacité de la femme se heurtera aux pouvoirs du mari ou, si l'on veut, à une absence de pouvoirs de sa part. Mais, comme l'a fait très justement remarquer M. Nast, sa situation n'est pas plus

---

(50) Nast, note D.P. 1939.2.72 ; Josserand, op. cit. p. 21 ; Julliot de la Morandière, G. P. op. cit. p. 25.

mauvaise qu'avant 1938, car, si elle avait à sa disposition l'autorisation de justice, elle ne pourrait pas, avec cette seule autorisation, engager la communauté et l'acte passé par elle, autorisée de justice, n'était valable qu'en ce qui concerne la nue-propriété de ses biens. La suppression de l'autorisation de justice dans ce cas ne sera pas préjudiciable aux intérêts de la femme.

En ce qui concerne la capacité judiciaire de la femme commune, nous croyons, comme M. Aynès (51), que cette capacité qui est générale pour la femme mariée ne peut se heurter qu'à un texte express pour lui retirer ce droit ; la preuve nous est donnée par un jugement du tribunal civil de la Seine du 3 juin 1938 (52), dont nous avons déjà parlé et qui affirme solennellement que la nouvelle loi a reconnu à la femme mariée le droit d'ester librement en justice.

Pour la femme commune, il en existe malheureusement un : l'art. 1428, al. 2 ; le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Il n'avait par contre pas le droit d'exercer seul les actions immobilières pétitoires que la femme doit exercer avec l'assistance de son mari. Cet art. 1428 § 2 n'a certainement pas été abrogé, même tacitement. Le mari exercera donc toujours les actions mobilières et possessoires ainsi que l'action confessoire d'usufruit, mais la femme pourra exercer sans autorisation les actions immobilières pétitoires. Elle pourra exercer librement les actions touchant à la nue propriété de ses propres, mais, dans les autres cas, elle devra demander l'autorisation du mari, car l'exercice de ces actions lui appartient encore. M. Ancel (53) estime

---

(51) Op. cit. p. 206.

(52) G. T., 14-15 octobre 1939.

(53) Op. cit. p. 144.

aussi que seul le mari pourra exercer les actions mobilières, car il y a là une question de pouvoirs.

En ce qui concerne sa capacité extra-judiciaire, la femme commune pourra certainement aliéner librement la nue-propriété de ses biens propres et sa capacité s'exercera alors dans la limite de ses pouvoirs. Ceci vise à la fois ses biens propres mobiliers et immobiliers. De même, elle ne pourra engager que la nue-propriété de ses propres et ses biens réservés, si elle en a (54).

Nous avons déjà dit ce que nous pensions de cette possibilité pour la femme commune de pouvoir librement aliéner cette nue-propriété. Théoriquement, pourra-t-elle recevoir le paiement d'une créance propre, se faire ouvrir un compte en banque ou aliéner une valeur mobilière ? Cette faculté présenterait des avantages considérables.

M. Renoult (55) l'a affirmé. Il a même ajouté que la possession entre ses mains de valeurs mobilières vaudra présomption de propriété. A quoi M. Esmein (56) a répondu catégoriquement « non », parce qu'il estime que la présomption de communauté résultant des art. 1402 et 1499 C. civ. sera plus forte que cette présomption de propriété.

Nous croyons que l'opinion de M. Esmein est certainement la bonne, que vraisemblablement les officiers ministériels, banquiers et hommes d'affaires continueront, comme par le passé, à exiger d'une femme commune de nombreuses justifications avant de traiter avec elle. Nous verrons que, plus délicate encore, sera la situation des tiers de bonne foi, qui ont traité avec la femme. Pourront-ils

---

(54) Esmein, G. P., op. cit. p. 38.

(55) J. O. Déb. parl. Sénat 1937, p. 347.

(56) G. P. 1838, op. cit. p. 38; *Sem. Jur.*, op. cit. p. 55. Voir aussi Josserand, op. cit. p. 13 ; Bonnecase, op. cit. n° 60 ; Colin, Capitain et Julliot de la Morandière, op. cit., t. I, n° 664,

invoquer l'art. 2279 C. civ. à l'encontre du mari ? En tout cas, il est certain que la femme commune n'a pas tiré des avantages bien substantiels de la réforme de 1938, mais il ne faut pas non plus en tirer la conclusion que cette loi est inconciliable avec les règles des régimes matrimoniaux et par là inopérante. Cette critique serait injustifiée pour le régime de communauté, car, comme le dit M. Nast (57), si les époux adoptent ce régime, c'est qu'ils l'ont choisi et qu'ils ont voulu que ces restrictions logiques et nécessaires qui résultent des pouvoirs du mari subsistent.

## SECTION II. — LA SITUATION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DE SÉPARATION

### § I. — *La situation de la femme sous le régime de la séparation de biens*

Si l'on croit M. Delattre (1), ce sont surtout les femmes séparées de biens qui verront accroître effectivement leur capacité par la loi nouvelle. En étudiant les conséquences des textes nouveaux sur l'art. 1449 C. civ., M. Delattre affirme que la femme séparée pourra désormais non seulement faire un acte d'administration, mais une véritable aliénation de ses meubles et qu'ainsi l'art. 1449 C. civ. pourra jouer sans difficultés.

Evidemment, c'est sous ce régime que la capacité nouvelle de la femme ne devrait subir aucune restriction, puisque le mari n'a aucun droit sur les biens de la femme qui conserve la pleine propriété et la libre gestion de tous ses biens. Le Code civil de 1804 lui interdisait d'accomplir des actes de disposition sans autorisation maritale en vertu, non du régime matrimonial adopté, mais du principe géné-

---

(57) Note D.P. 1939.2.72.

(1) J. O. Doc. parl. Chambre, n° 3331, p. 11.

ral de l'incapacité de la femme mariée. Sous ce régime, il ne peut être question de « capacité ». Regrettons simplement avec la majorité des auteurs que le législateur de 1938 se soit montré trop rigoureux dans sa décision de ne pas toucher aux régimes matrimoniaux, en ne modifiant ni n'abrogeant certains articles du Code civil concernant les régimes de séparation qui ne s'inspirent que de la vieille idée d'incapacité.

Tout ce que nous dirons désormais concerne aussi bien la séparation de biens conventionnelle que judiciaire.

Pour la femme séparée de biens, seule se pose la question de capacité ; elle a tous les pouvoirs pour accomplir sur ses biens des actes judiciaires, tout au moins en ce qui concerne ses biens mobiliers ; c'est pour cette raison que nous examinerons d'abord sa capacité sur ses biens mobiliers, puis sur ses biens immobiliers.

En ce qui concerne ses biens mobiliers, elle aura pleine capacité ; elle pourra, dit M. Nast (2), « les obliger par des dettes quelconques et non plus seulement par les engagements se rattachant à la gestion des dits biens, faire des opérations purement spéculatives, placer ses capitaux ». La femme séparée pourra librement disposer de ses biens mobiliers et l'interprétation restrictive donnée par la jurisprudence (3) ne doit plus être qu'un souvenir. Cette solution présente de réels avantages pour la femme séparée qui pourra librement aliéner ses biens mobiliers, alors qu'elle ne pouvait jadis faire sur eux que des actes d'administration. Les deux rapporteurs, M. Renoult et M. Delattre, l'avaient d'ailleurs affirmé et tous les auteurs sans exception l'ont admis. Il n'y a donc plus pour la femme

---

(2) Op. cit., p. 7.

(3) Cass. Req., 2 juin 1937 ; D. H. 1937, p. 377.

séparée de biens à distinguer entre actes d'administration et actes de disposition.

Si, comme par le passé, elle peut passer un bail, convertir ses titres nominatifs en titres au porteur, recevoir des capitaux, les placer, percevoir des fruits et des revenus, elle pourra faire sur ses biens mobiliers n'importe quel acte, entre autres accomplir sur eux tous les actes de banque et de bourse, contracter toutes espèces d'obligations nécessaires ou non à leur administration (4). Les fonds provenant d'une succession, d'une donation ou d'un legs lui seront remis directement entre ses mains, ce qui n'est pas le cas pour la femme commune.

La réforme est d'importance. Le principe en est admis par la plupart des commentateurs de la loi nouvelle. Seule la version de M. Maguet (5) diffère un peu : « Les notaires devront demeurer très prudents et exiger l'autorisation maritale, comme si la loi du 18 février 1938 n'existait pas. Les controverses qui pourront s'élever sur ce point devront être tranchées par les tribunaux ; la prudence commande de continuer à appliquer l'art. 1449 comme précédemment », comme celle de M. Savatier (6), qui croit que les contentieux des compagnies chargées d'effectuer le transfert des valeurs mobilières attendront pour dispenser la femme de toute autorisation une décision de la Cour de cassation.

Nous ne pensons pas qu'il soit utile d'attendre cet arrêt de la Cour de cassation pour faire bénéficier la femme séparée de biens d'une capacité complète en ce qui con-

---

(4) Aynès, *op. cit.* p. 180 ; Esmein, *Sem. Jur.*, *op. cit.* n° 22.

(5) Rep. Not., 15 avril 1938, p. 94.

(6) *Op. cit.* n° 22.

cerne ses meubles (7). Mais, en ce qui concerne les immeubles de la femme séparée de biens, la loi nouvelle a laissé subsister une très importante restriction. La femme séparée de biens ne peut, après comme avant 1938, disposer ou aliéner ses biens immobiliers sans le consentement de son mari ou de justice. L'art. 1449 al. 3 C. civ. sur la séparation de biens judiciaire et l'art. 1538 C. civ. sur la séparation de biens conventionnelle n'ont pas été abrogés. Ceci résulte formellement des travaux préparatoires. A la séance du Sénat du 19 mars 1937, M. Renoult (8) a nettement déclaré « que la femme séparée ne serait capable que dans les termes de l'art. 1449 C. civ. ». De plus, le projet gouvernemental de 1932 et le premier projet de la Commission du Sénat déclaraient abroger dans leur art. 2 l'art. 1538 C. civ., mais, au cours de la première délibération du 8 décembre 1936, M. Pernod demanda que ce texte fût maintenu, puisque le Sénat avait décidé que la loi nouvelle ne toucherait pas aux régimes matrimoniaux, quoiqu'il reconnaissait qu'il s'agissait là moins d'une question de pouvoir que de capacité. L'art. 1538 C. civ. a donc été expressément maintenu. La Société d'études législatives avait été mieux inspirée en proposant l'abrogation des art. 1449 al. 3 et 1538 C. civ. M. Delattre (9) regrette aussi qu'on ne les ait pas abrogés.

D'ailleurs le maintien de l'art. 311 al. 4 C. civ., demandé formellement par M. Pernod (10), faisant application de l'art. 1449, est la preuve du désir du législateur de 1938 de conserver ledit art. 1449.

---

(7) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, t. 1, n° 684 ; Josserand, *op. cit.* p. 27.

(8) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 349.

(9) *J. O. Doc. parl. Chambre* 1937, n° 3331, p. 12.

(10) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1563.

Par contre M. Bonnecase (11) et M. Delachenal (12) semblent dire que l'art. 215 nouveau, qui est général, emporte abrogation implicite des art. 1449 et 1538, vestiges de l'ancienne incapacité et qu'il n'y aurait dans le maintien de ces articles qu'une inadvertance du législateur. Nous estimons qu'en présence de la netteté des travaux préparatoires de la loi de 1938 sur cette question, on ne saurait parler d'une inadvertance du législateur qui, croyons-nous, a agi en parfaite connaissance de cause (13).

Enfin, il y a l'opinion de M<sup>re</sup> Grinberg et Simon (14) qui prétendent que, si les art. 1449 et 1538 subsistent, ils doivent être interprétés à la lettre. Or, s'ils interdisent à la femme séparée l'aliénation de ses immeubles, ils ne lui interdisent pas de les hypothéquer, surtout quand l'art. 217 permet à la femme de constituer librement hypothèque. Ainsi la femme séparée aurait un moyen détourné mais légal d'aliéner ses immeubles, puisque ce droit d'hypothéquer peut aboutir évidemment à une vente sur saisie immobilière, au cas où la femme ne satisfait pas à ses obligations et ce, sans autorisation du mari, puisque pour se défendre à la saisie, elle peut le faire librement.

Cette opinion comme la précédente ne nous paraît pas acceptable. Si celle de MM. Bonnecase et Delachenal se heurte aux travaux préparatoires de la nouvelle loi, celle de M<sup>re</sup> Grinberg et Simon se heurte au principe selon lequel, pour hypothéquer valablement, il faut avoir la capacité d'aliéner. Nous nous rallions sans réserve à l'opinion la plus unanimement admise : la femme séparée ne peut librement aliéner ses immeubles, malgré l'illogisme qu'il y

---

(11) Op. cit. p. 138, n° 59.

(12) G. T., 20 mars 1938.

(13) Julliot de la Morandière, op. cit. p. 28.

(14) Op. cit. p. 26 et 27.

a, si on compare sa situation à celle de la femme commune en biens qui aura au moins la capacité d'aliéner la nue-propriété de ses immeubles propres et la situation de la femme séparée elle-même qui pourra librement aliéner, même à titre gratuit, un fonds de commerce ou un paquet de valeurs mobilières, alors qu'elle ne pourra aliéner quelques mètres de terre ou une maison en ruine ou garantir par une hypothèque un modeste emprunt.

Malgré cet illogisme, cette solution est la seule qui peut être juridiquement admise. M. Nast (15) voit une véritable incapacité dans le fait pour la femme de ne pouvoir librement disposer de ses immeubles. Il y a là, comme le dit M. Ancel (16), un manque d'harmonie entre les art. 1449 et 1538 C. civ. et le nouvel art. 215.

MM. Voirin (17) et Julliot de la Morandière (18) sont de l'avis de M. Esmein (19) qui affirme que ce régime est incohérent et illogique. Celui-ci, établissant une comparaison entre les femmes séparées et communes, emploie le ce mot de « situation paradoxale » ; il affirme aussi que l'hypothèque sur ses immeubles sera interdite à la femme séparée de biens. M. Savatier (20) parle également d'incohérence ; cet auteur croit d'ailleurs que la femme séparée de biens ne pourra engager ses immeubles par ses obligations, mais qu'elle conservera le libre exercice de ses actions immobilières, ne réservant que le cas où le procès cacherait une aliénation qui serait une fraude.

Cette solution sera aussi la nôtre en ce qui concerne le

(15) Op. cit. p. 7 ; note D.P. 1939.2.72.

(16) Op. cit. p. 126.

(17) R.T.D.C. 1938, p. 346.

(18) Op. cit. p. 28.

(19) G. P., op. cit. p. 39 et 40.

(20) Op. cit. p. 50.

droit de la femme séparée de biens d'ester en justice, si l'instance judiciaire a pour objet un de ses immeubles, car, en ce qui les concerne, nous croyons qu'elle aura pleine capacité pour ester en justice. Elle pourra revendiquer un immeuble et se défendre à l'action en revendication d'un tiers. Nous croyons, à l'inverse de M. Nast (21), qu'on ne peut tirer argument du maintien de l'art. 1576 C. civ., puisque nous croyons à l'abrogation implicite de l'art. 1576 al. 3, concernant le droit d'ester en justice de la femme dotale sur ses parapherinaux. Nous profiterons d'ailleurs de la critique adressée à l'opinion de M. Nast pour nous ranger à l'avis de la majorité des auteurs qui estiment que la femme séparée de biens pourra plaider sans limite au sujet de tous ses biens meubles ou immeubles, puisqu'aucun texte ne lui défend d'ester en justice (22).

M. Esmein (23) pose une dernière question en ce qui concerne les immeubles de la femme séparée de biens. Sera-t-il permis par contrat de mariage de rendre la femme capable d'aliéner ses immeubles sans autorisation ? Il croit, sans l'affirmer, que cela est possible malgré cette véritable incapacité légale qui résulte du maintien des art. 1449 § 3 et 1538 C. civ.

Pour terminer, disons que cette restriction ne s'applique pas à ses biens réservés de nature immobilière, sur lesquels la femme séparée aura pleine capacité.

Si donc nous croyons que la femme séparée de biens peut ester en justice sur tous ses biens, nous estimons qu'elle ne peut aliéner ses immeubles, qu'il s'agisse d'une aliénation totale ou partielle, constitution de droits réels,

(21) Op. cit. p. 7 ; note D.P. 1939.2.72.

(22) Savatier, op. cit. p. 50 ; Aynès, op. cit. p. 171 et 186 ; jugement précité du tribunal civil de la Seine, G.T. 14-15 oct. 1939.

hypothèque ou usufruit, d'une aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit.

La jurisprudence, tout au moins celle du tribunal civil de la Seine, a eu déjà à trancher cette question et il l'a fait dans le sens que nous avons indiqué ; sous l'empire de la loi du 18 février 1939, la femme séparée de biens ne peut en aucun cas aliéner librement ses immeubles. Le jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 24 novembre 1938 (24), affirme expressément que l'art. 1538 C. civ. n'a pas été modifié par la loi nouvelle et qu'il constitue une restriction à la capacité nouvelle de la femme résultant du régime matrimonial. En l'espèce, les choses étaient plus compliquées, puisqu'à côté du régime de séparation de biens, les époux avaient adopté une société d'acquêts. Appliquant ce que nous avons dit au sujet des régimes de communauté, le tribunal de la Seine a jugé que, le mari possédant jusqu'à la dissolution de cette société d'acquêts sur une quote-part des revenus des biens propres de la femme un droit auquel il peut seul renoncer, l'autorisation de justice, en l'absence de celle du mari, ne permettra à la femme que d'aliéner la nue-propriété de ses immeubles. S'il n'y avait pas eu séparation de biens, la femme n'aurait pas eu à obtenir l'autorisation du tribunal mais, comme elle avait adopté le régime de séparation de biens et qu'il s'agissait d'immeubles, aux termes de l'art. 1538 C. civ., elle était obligée de recourir à l'autorisation de justice qui ne lui permettait d'aliéner en l'espèce que la nue-propriété, parce que les époux avaient stipulé dans leur contrat qu'une société d'acquêts serait adjointe au régime principal de séparation.

---

(23) Esmein, G.P., op. cit. p. 38 ; *Sem. Jur.*, op. cit. p. 39.

(24) G. P., 23 janvier 1939.

Dans un jugement du 26 janvier 1939 (25), le tribunal civil de la Seine stipule expressément que les art. 1449 et 1538 C. civ. n'ont été ni abrogés, ni modifiés et qu'on ne saurait admettre leur abrogation implicite, malgré la généralité des termes de l'art. 215, en raison des réserves formelles que comporte cet article. Il base son opinion sur les travaux préparatoires de la nouvelle loi et sur le maintien de l'art. 311 C. civ., conservant la référence à l'art. 1449 et il en tire la conséquence que, si la femme mariée sous ce régime a désormais la pleine capacité d'accepter une succession, qu'elle soit mobilière ou immobilière, ou de renoncer à une hérédité mobilière, elle ne peut par contre renoncer à une succession pour partie ou totalité immobilière, ni procéder à son partage ou à la licitation des immeubles qu'elle comporte sans l'autorisation de son mari ou, à défaut, de celle de justice, accordée après débats en chambre du Conseil. En l'espèce la succession comprenait un immeuble et la Chambre du Conseil autorisait la dame Perrin, en présence de la carence constatée du mari, soit à accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire la succession de sa mère, soit à y renoncer ; dans le cas d'acceptation, elle devait faire procéder à la liquidation et au partage de ladite succession et, le cas échéant, à la licitation de l'immeuble en dépendant. En effet, la renonciation équivaut à une aliénation et, en cas d'acceptation, l'autorisation de justice est encore nécessaire puisque la liquidation de cette succession en partie immobilière ou la licitation de l'immeuble en dépendant constituent aussi une aliénation. Si cette solution ne satisfait pas pleinement l'esprit, il n'en reste pas moins vrai que

---

(25) G. P., 1<sup>er</sup> mars 1939.

la femme séparée reste incapable pour l'aliénation de ses immeubles.

Mais pourra-t-elle contracter toutes espèces d'obligations sur ses immeubles ?

M. Esmein (26) dit que la capacité de s'obliger sans autorisation semble avoir été voulue complète pour toutes les femmes mariées, de même que la capacité d'estimer en justice, et M. Renoult semble admettre cette pleine capacité de contracter sur les biens sur lesquels le mari, en vertu du régime matrimonial, ne possède aucun droit d'administration et de jouissance. Ce qui est bien le cas de la femme séparée de biens ; elle pourra, disent certains, valablement contracter toutes espèces d'obligations et ces obligations seront exécutoires même sur ses immeubles (art. 2092 C. civ.).

Comme dit M. Julliot de la Morandière (27), on arriverait au résultat suivant : la femme séparée pourrait engager par ses dettes ses immeubles tandis qu'elle ne pourrait consentir sur eux une hypothèque.

M. Aynès (28) conclut que ce régime est incohérent mais conforme à l'état actuel des textes. Il est probable, dit-il sans l'affirmer, qu'elle pourra s'obliger sur tous les biens meubles ou immeubles. Cette solution permettra à la femme séparée de tourner la prohibition d'aliéner ses immeubles en empruntant, par exemple, une somme correspondante à la valeur de l'immeuble qui sera saisi. Evidemment, le mari pourra démontrer la fraude. Nous estimons donc que, sur ce point là, il faudra attendre une décision de la Cour suprême, car nous n'osons pas prendre partie.

(26) *Sem. Jur.*, op. cit. p. 39.

(27) *D. H.*, op. cit., p. 28.

(28) *Op. cit.*, p. 181.

Avant de conclure, signalons que la loi nouvelle n'a apporté aucune modification aux art. 1537 et 1448 C. civ. sur la contribution des époux aux charges du ménage par les femmes séparées de biens et que celles-ci bénéficieront de leur pleine capacité en ce qui concerne leurs biens mobiliers en produisant leur contrat de mariage ou le jugement de séparation (29).

Pour conclure, nous dirons que la femme séparée de biens est capable d'administrer tous ses biens et d'ester en justice sur eux, quelle que soit leur nature mobilière ou immobilière, qu'elle est capable d'aliéner ses meubles ainsi que de s'obliger sur eux alors qu'elle ne peut aliéner ses immeubles. Il est douteux qu'elle puisse s'obliger sur ses biens immobiliers. Aussi a-t-on dit que la femme séparée n'avait qu'une demi-capacité, si on la compare à la femme commune, la notion pouvoir étant mise à part. Il faut pourtant admettre que, si la jurisprudence suit l'interprétation que nous croyons la bonne, la femme séparée retirera de précieux avantages de la nouvelle loi, quoi qu'elle ne puisse aliéner ses immeubles, d'autant plus qu'elle pourra obtenir l'autorisation de justice pour cela.

La femme séparée de biens aura une pleine capacité, quand les régimes matrimoniaux seront mis en harmonie avec les nouveaux principes, ce moment serait proche si les événements internationaux ne s'étaient précipités, puisque déjà le Sénat a discuté, dans ses séances des 8 et 13 juin 1939, la deuxième partie du projet de 1939 et adopté l'abrogation des art. 1449 al. 3, 1538 et 1576.

Même actuellement, nous croyons que la loi nouvelle a été une réforme avantageuse pour elle plus que pour la femme commune, car pratiquement pouvoir aliéner la nue-

---

(29) Esmein, G. P., *op. cit.*, p. 39.

propriété de ses propres, même immobiliers, n'est rien.

Nous préférons, si l'on compare les deux situations, la pleine capacité de la femme séparée sur ses biens mobiliers surtout à une époque où la valeur du patrimoine mobilier ne cesse de s'accroître.

## § II. — *La situation de la femme séparée de corps*

Jusqu'en 1893, la capacité de la femme séparée de corps était la même que celle de la femme séparée de biens, mais la loi du 6 février 1893 ajoutait un al. 3 à l'art. 311 C. civ., aux termes duquel la femme séparée de corps avait le plein exercice de sa capacité civile et un al. 4 qui prescrivait qu'après une réconciliation, la capacité de la femme restait limitée comme celle de la femme séparée de biens et organisait une publicité pour que les tiers puissent connaître cette demi-capacité que l'art. 1449 C. civ. lui octroyait.

Dès le jugement de séparation de corps, la femme était donc pleinement capable ; sous l'empire de la nouvelle loi, il semblerait à première vue que la femme séparée de corps ne l'est plus pleinement, puisque l'art. 311 al. 3 C. civ. a été abrogé.

Nous ne croyons pas que le législateur de 1938 ait voulu restreindre la capacité de la femme séparée de corps ; nous estimons au contraire qu'en présence de l'art. 215 nouveau, il a jugé inutile d'affirmer que la femme séparée de corps est pleinement capable, puisque l'exception est devenue la règle et cette capacité complète, bien loin de contredire les principes nouveaux, en constitue une des cas d'application les plus utiles (30) ; le maintien de l'art. 311 al. 4 C. civ. prouve en tout cas que si, après réconciliation,

---

(30) Nast, *op. cit.*, p. 10.

la femme n'a plus que la demi-capacité de la femme séparée de biens, c'est qu'avant la réconciliation sa capacité était complète. Remarquons que cet argument n'est possible que grâce à l'amendement Pernod qui a fait rétablir l'art. 311 al. 4, que le projet de la commission abrogeait.

Remarquons aussi qu'il était d'ailleurs logique de rétablir l'al. 4, puisque la Commission avait décidé de ne pas abroger les art. 1449 et 1538 C. civ. et que, comme par le passé, la réconciliation des époux séparés de corps devait entraîner une restriction de la capacité de la femme.

Il est certain que cet argument fondé sur le maintien de l'art. 311 al. 4 C. civ. n'est pas probant et qu'il est préférable d'adopter le premier (31). En tout cas, il aurait mieux valu pour éviter toute controverse rétablir également l'al. 3.

M. Savatier (32) se demande si la loi nouvelle ne crée pas une incapacité partielle de la femme séparée de corps, mais M. Esmein (33), sans adopter l'argument basé sur le maintien de l'al. 4 qu'il trouve pénible, se range à l'avis de ceux qui croient que la femme séparée de corps sera toujours pleinement capable.

En concluant, nous dirons que la séparation de corps, bien que le nouvel art. 311 ne le dise plus, a pour effet de conférer à la femme une capacité plus étendue que celle de la femme séparée seulement de biens, en lui permettant d'aliéner librement ses immeubles.

(31) Aynès, *op. cit.*, p. 185.

(32) *Op. cit.*, p. 65.

(33) G. P., *op. cit.*, p. 39.

### SECTION III. — LA SITUATION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DOTAL

Nous allons examiner d'abord les droits de la femme dotale sur les biens dotaux, puis ensuite sur ses paraphernaux.

#### § I. — *Les droits de la femme sur les biens dotaux*

Sur les biens dotaux, la femme n'a pas de pouvoirs. En effet, s'ils restent la propriété de la femme, le mari a sur eux un droit d'administration et de jouissance et en principe aucun des deux époux ne peut les aliéner. Toutefois, la jurisprudence a admis que le mari pouvait dans certains cas aliéner les meubles dotaux.

Sous l'empire de la loi nouvelle, la condition juridique des biens dotaux reste la même que par le passé : l'incapacité totale, incapacité de jouissance, subsiste, puisque la loi du 18 février 1938 n'a relevé les femmes mariées que de leur incapacité générale d'exercice de leurs droits (1).

L'inaliénabilité dotale, qui a pour but de protéger à la fois le mari et la femme et qui est l'essence même, la raison d'être du régime dotal, subsiste aussi. Le régime dotal a donc pour effet principal de restreindre la faculté reconnue à la femme de disposer librement de ses biens.

Nous dirons que la femme n'a aucun pouvoir sur les biens dotaux et nous admettrons, comme M. Ancel (2), que rien n'est changé en ce qui concerne les droits de la femme dotale sur les biens dotaux.

La jurisprudence a déjà fait une application de l'art. 1549 al. 1 en ce qui concerne le droit d'administration du

---

(1) Nast, *op. cit.*, p. 7.

(2) *Op. cit.*, p. 7.

mari sur les biens dotaux sous l'empire de la loi nouvelle. Un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 12 janvier 1939 (3), rejoint nos conclusions aux termes desquelles nous croyons que rien n'est changé au système d'administration des biens dotaux par le mari et que la femme n'a aucun pouvoir sur eux. Cette idée n'est pas mise particulièrement en relief, parce qu'en l'espèce le régime dotal était assorti d'une société d'acquêts et parce que l'un des articles de leur contrat de mariage concédait au mari l'administration des biens dotaux avec le droit d'en percevoir les fruits et revenus qui tombaient dans la société d'acquêts. Dans cette affaire, dame Menant contre son mari, le tribunal de la Seine a débouté la dame Menant de sa demande tendant à obtenir du tribunal l'autorisation, à défaut de celle de son mari, d'ester en justice pour défendre à une instance en compte, liquidation et partage d'une succession pendante au principal et à former une demande reconventionnelle aux fins d'annulation de certaines dispositions testamentaires litigieuses, à la suite du décès du père de famille, laissant trois héritiers habiles à recueillir sa succession.

Le tribunal de la Seine avait jugé, et c'est le point important, que le droit pour la femme de procéder à tous comptes, liquidations et partages, aux termes de son contrat de mariage, était subordonné à l'autorisation du mari en sa qualité d'administrateur de la dot, et surtout de l'intérêt personnel résultant pour lui de sa participation à la société d'acquêts, appelée à recueillir les fruits et revenus des biens dotaux actuellement inclus dans la succession litigieuse et de sa vocation à revendiquer, lors de la dissolution de l'union conjugale, la moitié de l'actif net de

---

(3) G.T. 23-2-1939 . G.P., som. 1939, p. 51; D.H. 1939, som., p. 21

ladite société, que ce pouvoir d'accorder ou de refuser l'autorisation ainsi requise est exclusivement personnel au mari et ne saurait, en cas de refus de sa part, être suppléée par l'autorisation de justice, alors que les biens dépendant de la succession litigieuse, dont il s'agit, ne font l'objet d'aucune clause formelle d'exclusion de dotalité. Il ne fait aucun doute à la lecture de ce jugement, malgré cette combinaison d'une société d'acquêts au régime dotal, qu'aux termes de la capacité nouvelle accordée à la femme mariée, si les biens qui proviennent de la succession ne font pas l'objet d'une clause formelle d'exclusion de dotalité, c'est au mari, administrateur de la dot, à autoriser sa femme à procéder à tous comptes, liquidations ou partages de ladite succession et qu'en fait rien ne sera changé.

La femme dotale peut se réserver un droit d'administration et de jouissance sur ses biens dotaux. A dire vrai, l'art. 1549 al. 3 C. civ. prévoit seulement des clauses ayant trait à la jouissance, mais la jurisprudence a admis que la femme pouvait se réserver l'administration de certains biens dotaux. Lorsqu'elle s'est réservée le pouvoir d'administrer ses biens dotaux, elle le fait sans avoir besoin d'aucune autorisation habilitante ; elle a les mêmes droits sur eux que la femme séparée a sur tous ses biens et que la femme dotale sur ses paraphernaux (art. 1449, 1536, 1576 al. 1 C. civ.).

Prenons le cas de l'art. 1549 al. 3, aux termes duquel il peut être convenu par contrat de mariage que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Il n'y a aucun doute que, sur les biens réservés à son administration et à sa jouissance, elle pourra faire tous actes d'administration mais que, par analogie à ce qui a été dit pour la femme séparée sous l'empire de la loi nouvelle,

elle sera libre d'aliéner ses meubles dotaux au-delà de la simple administration, si nous admettons pour elle la même solution que pour la femme séparée de biens. La jurisprudence arrivera-t-elle à permettre à la femme d'aliéner sa dot mobilière ? Le Code civil ne dit-il pas que les époux peuvent écarter par contrat la règle de l'inaliénabilité et ce, en matière immobilière (art. 1557 C. civ.) ? Nous devons en conclure que, si la jurisprudence admet que la femme séparée peut librement disposer de tout son mobilier, il en sera de même quand les époux auront écarté l'inaliénabilité de la dot mobilière au profit de la femme, puisqu'elle a reçu par l'art. 215 nouveau la capacité de le faire et par le régime adopté pouvoir de le faire (4).

Si nous passons à la dot immobilière, nous dirons que, sous l'empire de la loi nouvelle, la femme dotale ne pourra en aucune façon disposer ou aliéner ses immeubles. L'art. 1554 C. civ. est formel, mais quelle sera la solution, lorsque son contrat de mariage lui rend exceptionnellement le pouvoir de disposer de ses immeubles en écartant la règle de l'inaliénabilité (art. 1557) ? Nous croyons qu'une telle clause ne lui permettra pas d'agir librement, qu'elle ne pourra le faire qu'avec une autorisation habilitante. En effet, il serait paradoxal qu'il en soit ainsi, puisque la femme séparée n'a pas la capacité de faire sur ses immeubles des actes de disposition (maintien des art. 1449, 1538 et 1576 C. civ.). Pour elle aussi, se pose alors la question de capacité, quoique son contrat de mariage lui ait restitué tous les pouvoirs (5).

M. Nast (6) croit qu'elle pourra dans ce cas aliéner ses

---

(4) Aynès, op. cit., p. 161.

(5) Aynès, op. cit., p. 158.

(6) Op. cit., p. 7.

immeubles. Nous ne croyons pas cette solution exacte. Il faut avant tout distinguer meubles et immeubles. Pour disposer des immeubles dotaux, la femme devra toujours être habilitée. Si nous examinons l'art. 1557 C. civ., qui permet l'aliénation d'un immeuble dotal à charge de remploi, nous verrons que la femme intervient parce qu'elle est propriétaire, mais le mari intervient aussi pour autoriser sa femme incapable parce qu'il a la jouissance dudit immeuble. Or, sous l'empire de la loi nouvelle, la femme dotale n'est pas plus que la femme séparée, capable d'aliéner ses immeubles et elle devra, si elle veut aliéner un immeuble dotal exceptionnellement déclaré aliénable par son contrat, obtenir pour le faire l'autorisation de son mari ou de justice. Par cette autorisation, la femme deviendra capable et le mari renoncera à son droit de jouissance. Si elle n'est qu'autorisée par la justice, la femme sera capable, mais l'aliénation ne sera pas opposable au mari.

Aucun changement ne sera apporté à la situation de la femme dotale à qui son contrat restituera exceptionnellement le pouvoir de disposer de l'immeuble dotal en le rendant aliénable, alors que, s'il s'agit de valeurs mobilières et si la femme s'est réservée la jouissance, elle n'aura besoin d'aucune autorisation.

La même règle s'appliquera aux art. 1555 et 1556 al. 2 C. civ., qui sont des exceptions à la règle de l'inaliénabilité dotale. Ces articles concernent la donation des biens dotaux pour l'établissement des enfants que la femme aurait eus d'un mariage antérieur (art. 1555) ou des enfants communs (art. 1556). Ces deux articles ne sont pas modifiés et, en conséquence, la femme devra obtenir l'autorisation de son mari ou de justice.

M. Ancel (7) s'est demandé à leur sujet si l'autorisation

---

(7) Op. cit., p. 129.

de justice prévue par ces deux articles se justifiait encore en présence du principe général de la capacité. Il ne fait aucun doute, dit-il, que l'autorisation du mari doit être maintenue, puisqu'elle se justifie par les droits qu'il a sur les biens dotaux ; il croit aussi à la nécessité de l'autorisation de justice, car, si on la supprimait, on porterait atteinte, dit cet auteur, à l'économie du régime dotal que le législateur de 1938 a voulu laisser intacte. MM. Josserand, Julliot de la Morandière et Nast sont aussi de cet avis (8).

En effet, l'aliénation des biens dotaux est chose grave ; elle ne devrait logiquement être faite qu'avec la double autorisation du mari et de justice et dans les seuls cas de l'art. 1555 C. civ. ; l'autorisation de justice permettra un contrôle de la décision du mari qui peut être abusive, puisque la donation est faite pour les enfants d'un premier lit de la femme. Nous sommes dans un des nombreux cas où l'autorisation de justice doit subsister. Il en sera de même pour les art. 1558 et 1559 C. civ., autres exceptions au principe de l'inaliénabilité.

M. Aynès (9) étudie au sujet de ces quatre articles les fonctions différentes de l'autorisation nécessaire. L'autorisation du mari aura le plus souvent pour but de lui faire renoncer à son droit de jouissance. Sans autorisation, l'aliénation sera valable, mais elle ne vaudra que pour la nue-propriété desdits biens, le droit d'usufruit et de jouissance du mari devant être respecté. L'autorisation de justice dont il s'agit n'est pas celle destinée à relever la femme de son incapacité, mais c'est une mesure destinée à protéger non la femme, mais la dot, car il ne faudrait pas que

---

(8) Nast, note D.P. 1939.2.72 ; Josserand, *op. cit.*, p. 20-21 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, t. I, n° 684.

(9) *Op. cit.*, p. 164.

les époux essaient de détourner la dot de sa destination et de violer la règle de l'inaliénabilité. La permission de justice sera préalable et spéciale. C'est pour la même raison que les causes des femmes dotales, même autorisées par leur mari, sont obligatoirement communiquées au ministère public (art. 83 C. pro. civ.). Si l'autorisation du mari est facultative, celle de la justice qui relève la femme de son incapacité est obligatoire surtout aux termes des art. 1556 al. 2, 1558 et 1559.

La femme dotale ne pourra donc aliéner un immeuble dotal qu'avec la permission de justice et ce, même si elle est pleinement capable. Même si la femme est autorisée par son mari, cette autorisation est nécessaire, car il faut avant tout protéger la dot.

En ce qui concerne le droit d'ester en justice de la femme dotale, si le mari a seul l'administration des biens dotaux, l'article 1549 al. 2 C. civ. s'appliquera. Il aura seul le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs de biens dotaux (10). La femme dotale ne pourra paraître en justice que pour les biens dont elle s'est réservé l'administration et la jouissance, pour lesquels le contrat de mariage a écarté la règle de l'inaliénabilité, même si ce sont des immeubles ; nous adoptons la même solution que pour la femme séparée ou pour la femme dotale sur ses paraphernaux ; elle pourra alors librement ester en justice (11).

En règle générale, il convient tout de même de dire que, sous le régime dotal, le mari conservera l'exercice de toutes les actions (12).

---

(10) Aynès, op. cit., p. 172.

(11) Voir jugement précité, T.C. Seine 3-6-38 : G. T. 14-15 oct. 1938.

(12) Ancel, op. cit., p. 144.

Pour résumer, nous dirons qu'en général la femme dotale ne peut disposer de ses biens dotaux. Mais, si son contrat de mariage ou l'autorisation de justice la rend capable, elle aura la même capacité que la femme séparée ou la femme dotale sur ses paraphernaux, avec la même restriction concernant les immeubles.

§. II. — *Les droits de la femme sur les biens paraphernaux*

Il convient de distinguer les biens paraphernaux avec dotalité incluse des biens paraphernaux sans dotalité incluse.

Sur les biens paraphernaux sans dotalité incluse, la femme, comme toute femme séparée de biens, aura en principe la pleine capacité (13). Elle pourra faire tous actes de disposition et d'administration sur ses biens mobiliers paraphernaux, mais elle ne pourra aliéner ses immeubles. Elle ne sera donc incapable que pour ses immeubles paraphernaux. Cette solution, quoique illogique, ne fait aucun doute et est admise par tous les auteurs, puisque le législateur de 1938 a expressément conservé l'art. 1576 C. civ., comme les art. 1449 et 1536 (14).

Comme d'ailleurs les autres commentateurs de la loi nouvelle, M. Esmein critique cette restriction comme il l'avait fait pour le maintien des art. 1449 et 1538 C. civ. pour la femme séparée de biens. C'est une de ces incohérences signalées par lui.

Cette restriction ne s'applique d'ailleurs pas aux biens réservés de la femme, quelle que soit leur nature mobilière ou immobilière.

---

(13) Aynès, op. cit., p. 172.

(14) Nast, note D.P. 1939.2.72 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, n° 684 ; Planiol et Ripert, op. cit., n° 930.

En application de ce principe, si la succession ou la libéralité échue à la femme rentre dans ses paraphernaux, elle aura donc pleine capacité sur les biens qui la composent si ce sont des meubles (15).

Une seule difficulté surgit que nous croyons avoir résolue en étudiant la nouvelle capacité judiciaire de la femme mariée. Nous estimons, comme la majorité des auteurs, que la femme dotale aura la pleine capacité d'ester en justice à raison de ses paraphernaux et que l'art. 1576 doit être sur ce point considéré comme tacitement abrogé, sinon l'incohérence serait vraiment trop grande, surtout si l'on considère qu'aucun texte ne défend à la femme séparée de biens de plaider librement. Cette solution est celle qui répond aux intentions des auteurs de la présente loi. Il ne doit y avoir aucune limitation légale à la capacité d'ester en justice de la femme mariée (16).

Enfin, si la femme possède des biens paraphernaux à dotalité incluse, les règles jurisprudentielles sur la dotalité incluse s'appliqueront comme par le passé. Elle pourra les aliéner librement sans aucune autorisation, sauf s'il s'agit d'immeubles (art. 1576 al. 2 C. civ.) (17).

Les droits que la femme a sur ses paraphernaux sont donc identiques à ceux de la femme séparée de biens : pleine capacité en ce qui concerne les meubles, capacité bien limitée pour les immeubles. Les deux situations inspirent les mêmes critiques et aussi les mêmes réflexions.

---

(15) Esmein, G. P., op. cit. p. 38 ; Rapport Delattre, *J. O. Déb. Parl. Chambre* 1937, n° 3331.

(16) Ancel, op. cit., p. 130. Voir aussi Aynès, op. cit., p. 170 ; Esmein, G. P., op. cit., p. 39 ; *Sem. Jur.*, op. cit., n° 20 ; rapport Renoult, *J. O., Déb. parl. 1937 Sénat*, p. 347 ; T. C. Seine, 3 juin 1938 ; G. T., 15-10-1938 ; G. T., 20 mars 1938 ; contra. Delachenal, G. T., mars 1938.

(17) Nast, op. cit., p. 7.

## CHAPITRE II

### **La capacité de la femme qui exerce une profession séparée**

Dans ce chapitre, nous étudierons d'abord les répercussions des principes nouveaux sur la loi du 13 juillet 1907, puis la capacité de la femme commerçante, enfin la capacité de la femme qui exerce une profession non commerciale.

#### SECTION I. — LES RÉPERCUSSIONS DES PRINCIPES NOUVEAUX SUR LA LOI DU 13 JUILLET 1907

Les travaux préparatoires pourront nous donner d'utiles renseignements sur ce point. Le projet initial de 1932 (1) abrogeait dans son art. 5 la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. En effet, les dispositions de cette loi n'avaient plus d'utilité sous le nouveau régime légal de la participation aux acquêts, dans lequel la femme capable conserve l'administration et la disposition de tout son patrimoine et sous les autres régimes, des termes exprès, insérés dans le Code, réglaient les droits de la femme sur les gains et salaires.

De plus, l'art. 214 nouveau instituait un droit réciproque pour chacun des époux de faire, le cas échéant, saisie-

---

(1) *J. O.*, Doc. parl. Sénat 1939, n° 594, p. 15.

arrêt sur les salaires de son conjoint ; le projet de la commission de législation du Sénat contenait encore l'abrogation de cette loi. Dans son rapport, en date du 24 juin 1933 (2), après avoir montré que la loi de 1907 n'avait pas donné en pratique les résultats attendus parce qu'il était difficile de concilier la pleine capacité sur ses biens réservés avec l'incapacité générale instituée par le Code, M. Renoult disait que la loi de 1907 n'avait plus de raison d'être en face des principes nouveaux. M. Voirin (3) a montré d'ailleurs que la commission de législation n'aurait pas dû abroger la loi de 1907 dans son ensemble, puisqu'elle ajournait la réforme des régimes matrimoniaux.

Ce n'est que dans son projet présenté le 3 décembre 1936 (4) que la commission de législation proposait seulement l'abrogation des art. 1<sup>er</sup> al. 5, art. 2, 6, 7, 8, 9 et 10 de ladite loi.

Ainsi, ce projet donnait satisfaction à ceux qui ne voulaient pas qu'on abroge la loi de 1907 dans son entier ; puisqu'on ne voulait plus procéder à la refonte de toute la législation concernant les régimes matrimoniaux, l'abrogation de la loi de 1907 dans son entier ne s'imposait pas. Mais on peut tirer de ces travaux préparatoires l'idée que, d'après les auteurs de la nouvelle loi, sous l'empire des principes nouveaux, la loi de 1907 s'appliquerait normalement alors qu'elle était pratiquement inapplicable sous le régime de l'incapacité de la femme mariée.

Comme M. Renoult, M. Delattre (5) estime que ce sont les femmes mariées, qui exercent une profession ou un métier, qui verront accroître effectivement leur capacité

(2) *J. O.*, Doc. parl. Sénat 1933, n° 404.

(3) Voirin, *D. H.* 1934, chr. p. 65.

(4) *J. O.*, Doc. parl. Sénat 1933, annexe au n° 404.

(5) *J. O.*, Doc. parl. Chambre 1937, n° 3331, p. 10.

par les textes nouveaux. Après avoir montré que, par la résistance des agents de change, des banquiers et des notaires qui demandaient souvent à la femme, en dépit de son texte formel, l'autorisation du mari, le but recherché par le législateur n'était pas atteint. M. Delattre critiquait aussi l'art. 2 de la loi de 1907, aux termes duquel le mari pouvait faire restreindre judiciairement la capacité de la femme, car les notaires et les banquiers ne voulaient ni engager leur responsabilité, ni se soumettre à des recherches compliquées. M. Delattre estimait que, sous l'empire du nouvel art. 215, en dehors des limitations légales ou des restrictions dues au régime matrimonial adopté, la femme étant entièrement capable, les tiers seront donc certains que les actes passés par la femme ne seront pas nuls.

Ainsi, il résulte des travaux préparatoires que la loi de 1938 aura au moins le mérite de rendre opérante en pratique la loi du 13 juillet, dont les art. 1 al. 5, art. 2, 6, 7, 8, 9 et 10 ont été abrogés.

Comme le fait très justement remarquer M. Nast (6), toute la loi de 1907 n'était pas à abroger, puisque, sans la réforme des régimes patrimoniaux, il y a dans la loi de 1907 des dispositions qui ne concernent pas la capacité de la femme mais la condition juridique des biens réservés, spécialement sous le régime de communauté et le régime dotal. Ont été abrogés avec raison, dit M. Nast, les art. 7 à 10 incorporés dans le nouvel art. 214, l'art. 1 al. 5 qui indiquait les moyens de justifications à employer pour établir la validité des actes passés par elle sans autorisation, l'art. 2 qui permettait au mari de demander au tribunal le retrait de tout ou partie de ses pouvoirs sur ses biens réservés, si elle se montrait imprudente ou incapable dans

---

(6) Op. cit., p. 12.

leur gestion et enfin l'art. 6 qui décidait que la femme avait pleine capacité pour ester en justice à l'occasion de ses biens réservés. Les art. 1 al. 5 et 6 n'avaient plus en effet aucune utilité sous l'empire de la nouvelle capacité de la femme mariée.

M. Nast critique seulement l'abrogation de l'art. 2, puisque, sous le régime de communauté, le mari n'aura aucun moyen d'empêcher la femme de compromettre par une mauvaise gestion ses biens réservés qui sont des biens de communauté. Par contre, sous l'empire de la loi nouvelle, malgré les réformes apportées par elle, les art. 1, sauf l'al. 5, 3, 4, 5 et 11 de la loi de 1907 ont conservé toute leur utilité.

En suivant ce qui avait été dit au cours des travaux préparatoires, la majorité des auteurs ont affirmé que l'un des principaux avantages de la loi nouvelle serait précisément de rendre applicable la loi de 1907, puisqu'il n'existe plus désormais de contradiction irréductible entre les pouvoirs reconnus à la femme sur ses biens réservés et l'incapacité générale établie par le Code. C'est l'avis de M. Julliot de la Morandière (7) qui a écrit que l'effet principal de la réforme sera peut-être de donner plus de vitalité à la loi de 1907.

M. Ancel (8) est de cet avis. Il insiste également sur la suppression de l'art. 2 de la loi de 1907 qui permettait au mari de faire retirer à la femme ses pouvoirs sur ses biens réservés.

Répondant à une critique de M. Savatier (9), concernant l'abrogation de l'art. 1 al. 5 qui n'améliorerait pas le sort

---

(7) *Op. cit.*, p. 28.

(8) *Op. cit.*, p. 160 et 161.

(9) *Op. cit.*, p. 73.

de la femme, M. Ancel estime que cette preuve faite par la femme de l'exercice d'une profession distincte de celle de son mari n'avait pas suffi à rassurer les hommes d'affaires, que la femme pleinement capable n'avait pas à apporter la justification d'une capacité spéciale, désormais sans objet.

MM<sup>es</sup> Grinberg et Simon (10) approuvent le législateur de 1938 d'avoir abrogé l'art. 2 de la loi de 1907, puisque cet art. 2 constituait au regard des banques le prétexte d'une mauvaise volonté évidente à ne pas appliquer ladite loi de 1907, en exigeant de la femme la preuve que sa capacité n'était pas restreinte par un jugement. L'exigence de cette preuve, difficile à fournir, sinon par un acte de mariage de date récente, pour chaque opération bancaire, incitait alors la femme à recourir à l'autorisation maritale. MM<sup>es</sup> Grinberg et Simon espèrent aussi que, sous l'empire de la loi nouvelle, nous ne retrouverons plus les mêmes résistances des praticiens.

Pour notre part, nous n'en sommes pas certains, si nous ne perdons pas de vue que la loi de 1938, conservant intacts les pouvoirs du mari comme chef de la communauté, ne permettra pas encore à la loi de 1907 de remplir complètement le rôle qu'on lui avait confié.

Un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 2 mars 1939 (11) estime que, même sous l'empire de la loi nouvelle, il faudra se montrer prudent dans la qualification de « bien réservé », puisque toutes les incapacités résultant des divers régimes matrimoniaux subsistent. En l'espèce, le tribunal a jugé que ne saurait constituer un bien réservé au sens de la loi de 1907 le fonds de com-

---

(10) Op. cit., p. 27.

(11) G. T., 13 juin 1939.

merce exploité par la femme mariée sous le régime de la communauté légale, un tel fonds étant un bien commun dont la gestion pouvait être assurée par la femme, sans qu'il constitue un bien réservé. En intervenant à l'acte de vente, le mari doit être considéré, non seulement comme ayant habilité son épouse à signer la vente, mais comme véritable vendeur d'un bien commun. Ce jugement montre que les tribunaux, comme les praticiens, en présence de ces restrictions, examineront comme par le passé, sous couvert de la qualification de bien réservé, s'il ne s'agit d'un bien commun pour lequel le mari doit intervenir. Aussi notre conclusion sera plus modérée : même sous l'empire de la loi nouvelle, la loi de 1907 ne sera pas pour la femme d'une application sinon courante, du moins facile.

Voyons maintenant quels seront les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés.

Ces pouvoirs existeront sous tous les régimes, mais nous envisagerons surtout ces pouvoirs sous le régime de communauté. En effet, les biens réservés sont des biens de communauté ; leur situation est spéciale en ce sens que, si la femme renonce à la communauté, elle a le droit de les reprendre, quoique communs.

M. Aynès (12) estime qu'aux termes de l'art. 1 al. 1 de la loi du 13 juillet 1907, la femme exerçant une profession aura les mêmes pouvoirs d'administration sur ses biens réservés que la femme séparée sur tous ses biens, qu'elle pourra même convertir librement des titres nominatifs en titres au porteur. Quant aux actes de disposition, cet auteur estime que, si pour les actes d'aliénation à titre onéreux il n'y a aucune difficulté, puisque, d'après l'art. 1

---

(12) Aynès, *op. cit.*, p. 213 et 218.

al. 3, la femme exerçant une profession séparée pourra aliéner et hypothéquer lesdits biens, pour les actes de disposition à titre gratuit une difficulté peut se poser. Sous l'empire de la loi de 1938, la femme pourra-t-elle librement disposer de ses biens réservés à titre gratuit ?

En effet, une seule exception à cette prohibition pour la femme de donner ses biens réservés, l'art. 1 al. 4, est prévue par la loi de 1907 : si la femme est âgée de 45 ans et si le don est fait au profit d'œuvres d'assistance publique ou privée (loi du 19 mars 1919). Cet auteur ne semble pas admettre que, sauf ce cas prévu par l'art. 1 al. 4, elle puisse librement disposer de ses biens réservés. Tout au moins il exclue formellement pour la femme le droit d'aliéner à titre gratuit ses immeubles réservés. Pour lui aussi, la femme pouvant emprunter sur ses biens réservés, toute dette contractée valablement par elle sera exécutable sur ses biens réservés aux termes de l'art. 3.

M. Ancel (13) est aussi d'avis que les engagements de la femme s'exécuteront librement sur ses biens réservés, mais il semble aller plus loin que M. Aynès puisqu'il croit que, par suite de l'abrogation de l'art. 905 C. civ., la femme pourra librement donner ses biens réservés. Si le maintien de l'art. 1 de la loi de 1907 semble le lui interdire, il est certain, dit-il, que la femme ne peut avoir plus de droits sur ses biens propres dont elle peut donner librement la nue propriété que sur ses biens réservés et que cette prohibition de disposer à titre gratuit de ses biens réservés, ne tenant pas au régime matrimonial adopté mais étant un vestige de l'ancienne incapacité, doit disparaître.

M. Ancel conclut que la femme pourra librement aliéner

---

(13) Op. cit., p. 124.

ses biens réservés, même à titre gratuit, qu'ils soient meubles ou immeubles ; M. Esmein (14) se range à son opinion qui semble imposée par l'abrogation de l'art. 905 C. civ.

M. Nast (15) estime que la femme pourra librement gérer ses biens réservés, les aliéner et s'obliger sur eux, même s'ils sont de nature immobilière, ce que la femme séparée de biens ne pourra faire. Mais il semble ne pas admettre pour la femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, la possibilité d'aliéner à titre gratuit ses biens réservés, puisque l'art. 1 al. 3 de la loi du 13 juillet 1907 n'a pas été abrogé. En effet, il croit que, pour disposer de ses biens réservés à titre gratuit, il lui faudra encore obtenir l'autorisation du mari ou de justice.

M. Savatier (16) croit que l'efficacité des remaniements de la loi de 1907 reste douteuse et que les donations des immeubles réservés restent interdites, tout au moins pour la femme séparée de biens. Le maintien de l'art. 1 § 1, ainsi que le renvoi à l'art. 1449 C. civ. toujours en vigueur, semble lui dicter cette solution.

M. de la Massue (17), dans une étude spécialement réservée aux incidences de la loi de 1938 sur celle de 1907, estime que la femme ne pourra dans aucun cas aliéner ses biens réservés à titre gratuit. Il voit dans le maintien de l'art. 1 al. 3. de la loi de 1907 une des limitations légales prévues par l'art. 215 nouveau.

Tels sont les pouvoirs sur ses biens réservés que la femme mariée aura désormais, quel que soit son régime matrimonial.

---

(14) G. P., op. cit., p. 32 ; *Sem. jur.*, op. cit., p. 55.

(15) Op. cit., p. 7 ; note D.P. 1939.2.72.

(16) Op. cit., n° 28.

(17) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, mai-juin 1939.

La seule controverse possible est celle de savoir si elle peut disposer à titre gratuit de ses biens réservés. Nous croyons que, l'art. 905 C. civ. ayant été abrogé, il n'est pas possible que la femme puisse donner la nue-propriété de ses propres alors qu'elle ne peut donner ses biens réservés.

Souhaitons, en tout cas, que la loi de 1907 soit d'une application plus facile qu'avant 1938, tout en faisant remarquer que le Sénat a adopté en première lecture les 6 et 13 juin 1939 la deuxième partie du projet de 1939 sur les régimes matrimoniaux et a abrogé la loi de 1907 dans son ensemble. C'est, croyons-nous, la meilleure solution.

## SECTION II. — LA CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE

En étudiant l'exercice d'une profession commerciale par la femme mariée, nous avons vu que l'art. 4 C. com. doit être considéré comme formellement maintenu par la nouvelle loi et que l'autorisation maritale aura pour elle l'avantage appréciable de lui permettre d'engager la communauté pour trouver du crédit nécessaire à son commerce et que, si elle peut en cas de refus et d'abandon de son mari demander l'autorisation au tribunal, elle n'obligera, dans ce cas, ni la communauté ni le mari ; en fait, son crédit sera bien limité (18).

Nous pouvons dire d'ores et déjà que, malgré l'abrogation de l'art. 222 C. civ., comme par le passé, une fois habilitée par son mari, la femme obligera la communauté et les propres du mari et que cette abrogation ne doit pas être critiquée, puisque l'art. 5 C. com. subsiste. C'est cet art. 5 C. com. qui, comme par le passé, nous donnera la

---

(18) Julliot de la Morandière, *op. cit.*, p. 25 ; Aynès, *op. cit.*, p. 74 et 134. Esmein, *Sem. jur.*, *op. cit.*, p. 55.

mesure de la capacité de la femme commerçante ; si la femme commerçante est mariée sous le régime de la communauté, ses obligations commerciales ne seront exécutées sur les biens communs et sur ceux du mari que si ce dernier a donné son consentement à l'exercice du commerce par la femme. Il en est de même pour l'art. 7 C. com., qui fixera les limites de la capacité de la femme commerçante pour les besoins de son commerce.

On peut donc dire que la capacité de la femme commerçante sera la même que par le passé, que le sort des dettes contractées par elle pour les besoins de son commerce dépendra de l'attitude prise par le mari et que, si elle n'exerce son commerce qu'avec le consentement de la justice, seule la nue-propiété des propres et ses biens réservés constitueront le gage des créanciers. En ce qui concerne les produits de son travail et les bénéfices qu'elle peut retirer de son commerce, la loi du 13 juillet 1907 s'appliquera et la femme pourra librement en disposer, quel que soit son régime matrimonial.

M. Paul Chauveau (19) a recherché dans un article très documenté les incidences de la loi nouvelle sur le statut de la femme commerçante. Il souligne l'intérêt qu'elle aura à obtenir l'autorisation de son mari si elle veut engager la communauté et que ses engagements professionnels contractés dans l'exercice de son commerce pourront être annulés, par analogie aux dispositions de l'art 216 en cas de non autorisation par le mari, si la relation avec le commerce était établie par le demandeur en nullité.

Pour lui, la nullité ne pourra jouer pour les engagements contractés par voie de lettre de change.

M. Paul Chauveau affirme que, si elle n'obtient que l'au-

---

(19) P. Chauveau, *op. cit.*, p. 5.

torisation de justice, elle n'engagera que la nue-propiété de ses propres et son pécule réservé, mais que cette remarque n'intéresse que le régime de communauté, car, sous les autres régimes, il est sans intérêt de distinguer la femme autorisée par la justice ou par le mari. Elle engagera la pleine propriété de tous ses propres, sous réserve de l'inaliénabilité dotale, si elle est mariée sous le régime dotal ; ce qui est surtout appréciable pour la femme séparée de biens.

La loi de 1938 ne présentera pour la femme commerçante qu'une seule réforme avantageuse : sa possibilité d'ester en justice sans autorisation maritale. C'est l'avis de la majorité des auteurs, entre autres de M. Paul Chauveau. Toutefois, il ne semble pas qu'un jugement condamnant la femme en raison de son commerce sera opposable à la communauté, si le mari n'a pas été mis en cause. Mais il y a là une question de pouvoirs et non de capacité, car la femme mariée pourra librement ester en justice. L'intervention du mari n'aura pour but que d'engager la communauté.

La capacité de la femme commerçante a été peu modifiée par la loi de 1938. Sauf pour cette capacité d'ester librement en justice pour les besoins de son commerce, ce qui constitue un avantage puisque par le passé la femme commerçante, même habilitée par son mari, devait obtenir l'autorisation maritale pour faire un procès à l'occasion de son commerce.

### SECTION III. — LA CAPACITÉ DE LA FEMME QUI EXERCE UNE PROFESSION NON COMMERCIALE

Nous avons en somme étudié cette question en examinant les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés. C'est en effet la loi du 13 juillet 1907 (art. 1) qui fixera les limites

de sa capacité professionnelle. Notre but sera de rechercher ici les améliorations que la loi de 1938 a apportées à la situation des femmes exerçant une profession séparée.

Comme nous l'avons fait remarquer pour la femme commerçante, la femme qui exerce une profession non commerciale pourra ester librement en justice. En effet, l'art. 6 de la loi de 1907 ayant été abrogé aux termes de la nouvelle capacité judiciaire de la femme mariée, celle-ci n'aura besoin d'aucune autorisation pour ester en justice, ayant sur les biens réservés des pouvoirs d'administration et de disposition, même si la jurisprudence liait l'exercice de l'action en justice au pouvoir de disposer, solution d'ailleurs rejetée.

Pour les actes extra-judiciaires, la femme exerçant une profession est pleinement capable. Sous le régime de communauté, comme sous le régime de séparation de biens, tous les pouvoirs appartiennent à la femme, quoique les biens réservés soient communs.

Comme l'ont admis la plupart des auteurs, par l'abrogation de l'art. 1 al. 5, la femme désormais présumée capable n'aura plus de justifications à apporter ; un acte de notoriété ou tout autre moyen prouvant qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari ne sera plus exigé. Mais, malgré l'abrogation de cet al. 5 on a fait très justement remarquer que la femme, même sous l'empire de la loi nouvelle, devait encore apporter la preuve que le bien était réservé pour détruire la présomption de communauté des art. 1402 et 1499 C. civ. C'est l'avis de M. Ripert (20) qui estime que, malgré l'abrogation de l'al. 5, il faut toujours que la femme détruise la présomption de communauté ou de pouvoir du mari sur ce bien.

---

(20) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, édition 1938.

M. Esmein (2') partage cette opinion.

Par contre, il semblerait que, pour M. Julliot de la Morandière (22) et M. Savatier (23), la femme n'aurait pas à prouver l'origine du bien ; la justification de l'exercice d'une profession séparée suffirait, puisque l'art. 1 al. 5 de la loi de 1907 a été abrogé.

Dans tous les cas, il semblerait que l'abrogation de cet al. 5 ne s'imposait pas, parce que la preuve nécessaire pouvait être fournie par tout moyen, ce qui était très libéral et parce que nous croyons que la jurisprudence et les praticiens se montreront aussi exigeants que par le passé. Le jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne en est la preuve. La phrase de M. Renoult : « La possession entre les mains de la femme de valeurs mobilières vaudra présomption de propriété », restera certainement, en pratique, lettre morte et ne trouvera aucune faveur auprès des banques ou des notaires. Il convient d'ailleurs de noter que logiquement le législateur de 1938 aura dû abroger l'art. 4 de la loi de 1907 qui stipule qu'en cas de contestation, la femme pourra, tant vis à vis de son mari que vis à vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés. Pourquoi avoir abrogé l'art. 1 al. 5 sans en faire autant pour l'art. 4 ?

Enfin, le mari ne pourra plus, par suite de l'abrogation de l'art. 2 de la loi de 1907, faire prononcer par le tribunal le retrait total ou partiel des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés. M. Esmein (24) semble le regretter, mais le mari ne sera pas complètement désarmé puisqu'il

---

(21) *Sem. jur.*, op. cit., p. 55.

(22) *Op. cit.* p. p. 28.

(23) *Op. cit.*, p. 73.

(24) *G. P.*, op. cit., p. 41.

aura à sa disposition, outre les moyens de droit commun, l'opposition prévue par l'art. 216 nouveau. Comme par le passé, aux termes de l'art. 3 de la loi de 1907, les obligations nées à l'occasion de l'exercice de la profession seront exécutables sur les biens réservés et, aux termes de l'art. 5 al. 2, la femme pourra, si elle renonce à la communauté, garder ses biens réservés francs et quittes de toutes dettes, mais l'application de cet article pourra engendrer des difficultés et sera de nature à nuire aux créanciers, si la femme n'est pas tenue de prouver l'origine régulière des biens qu'elle détient comme biens réservés.

La loi de 1938 avait pour but de lever les obstacles qui entravaient le fonctionnement de la loi de 1907, mais en réalité ces obstacles subsisteront, car il semble que les praticiens exigeront la preuve que le bien dont la femme veut disposer est un bien réservé, quoiqu'elle ne soit plus obligée de prouver qu'elle est capable parce qu'exerçant une profession séparée. En fait, la femme exerçant une profession ne verra pas pratiquement sa capacité bien élargie par la réforme de 1938.

---

## CHAPITRE III

### **Les conséquences des restrictions à la capacité de la femme**

L'art. 215 nouveau a, comme nous l'avons vu, maintenu dans son al. 2 la nécessité du consentement marital pour la validité de certains actes que veut accomplir la femme, alors que la loi du 18 février 1938 a abrogé tous les textes du Code civil relatifs à l'habitation de la femme, à la sanction du défaut d'habilitation régulière et à la durée de la prescription de l'action en nullité. Aussi, la plupart des commentateurs de la nouvelle loi, après avoir critiqué cette façon d'agir, ont recherché quelles seront les formes de l'autorisation maritale quand celle-ci demeure nécessaire, si le tribunal a qualité pour habiliter la femme à passer un acte qu'elle demeure incapable de faire seule et, dans ce cas, quelle sera la forme de cette autorisation judiciaire, enfin, quelle est la nature de la nullité des actes passés par la femme sans autorisation quand cette autorisation est encore nécessaire ; s'agit-il d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ? Quelle sera la durée de cette action en nullité et quel est le point de départ de la prescription ?

Nous étudierons dans une section I l'autorisation maritale et l'autorisation de justice dans les cas où elles demeurent nécessaires et dans une section II, la sanction du défaut d'autorisation et la nature de l'action en nullité,

SECTION I. — L'AUTORISATION MARITALE ET L'AUTORISATION  
DE JUSTICE DANS LES CAS OU ELLES DEMEURENT NÉCESSAIRES

La loi de 1938 a abrogé les articles du Code civil qui étaient relatifs à la forme de l'autorisation maritale (art. 217) et à l'autorisation de justice (art. 218, 219, 221, 222 et 224), mais les auteurs de cette loi ont perdu de vue que, dans certains cas, la femme mariée demeurerait incapable de faire certains actes sans autorisation, que nombreuses seraient les exceptions à la capacité de la femme.

La première question qui se pose est celle de savoir dans quelles formes l'autorisation du mari pourra être donnée pour être valable et si cette autorisation pourra être générale.

M. Nast (1) signale qu'en ce qui concerne la femme commerçante, le consentement du mari pourra être, comme par le passé, tacite, que, dans ce cas, cette autorisation sera générale, puisque la femme sera habilitée à faire tous les actes professionnels, mais s'il s'agit d'une question de pouvoirs, d'inopposabilité au mari, le mari ne pourra donner à sa femme qu'une autorisation spéciale pour lui permettre, par exemple, d'aliéner tel immeuble, si elle est séparée de biens ou s'il s'agit d'un immeuble paraphernal (art. 1449 et 1538 C. civ.). En dehors de ces cas particuliers, M. Nast se demande ensuite quelle décision il faut prendre lorsqu'il n'y a pas de texte. Il admet que cette autorisation du mari doit être spéciale pour la bonne raison que les incapacités spéciales, dont reste frappée la femme mariée, ne peuvent plus avoir d'autre fondement que sa protection et qu'une autorisation générale ne peut pas suffisamment protéger ses intérêts ; il estime par contre que, pour la forme de l'autorisation maritale, on ne doit

---

(1) Op. cit., p. 11.

plus continuer à appliquer les règles anciennes et maintenir le formalisme établi par des textes abrogés. Pour lui, une autorisation tacite du mari sera suffisante pour habiliter la femme ; le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ne seront plus nécessaires.

M. Ancel (2), sur cette question de la forme de l'autorisation maritale lorsqu'elle demeure nécessaire, estime qu'il suffira toujours que cette autorisation soit établie de façon certaine pour que l'acte passé par la femme devienne dès lors inattaquable et qu'il y a là une question de fait laissée à l'appréciation des juges.

En ce qui concerne la spécialité de l'autorisation maritale, M. Ancel se demande si, à la suite de l'abrogation de l'art. 223 C. civ., il sera possible par contrat de mariage de donner à la femme le droit d'aliéner librement ses immeubles. A l'inverse de M. Esmein qui, nous l'avons vu, semble l'admettre (3), M. Ancel, comme M. Nast d'ailleurs, estime que la spécialité de l'autorisation maritale doit subsister et que les restrictions à la capacité de la femme résultant du régime matrimonial ne peuvent être écartées par une clause expresse d'autorisation générale.

M. Savatier (4) rejoint en somme l'opinion de M. Ancel. Tout dépendra de l'acte à accomplir par la femme. Dans certains cas, l'autorisation du mari pourra être tacite si la femme veut, par exemple, entreprendre une profession commerciale ou non commerciale. Dans d'autres, elle devra être spéciale. Il en sera de même lorsque le mari autorisera sa femme séparée de biens à aliéner un immeuble.

---

(2) Op. cit., p. 147 et 151.

(3) G. P., op. cit., p. 38.

(4) Op. cit., p. 69.

M. Julliot de la Morandière (5) semble se séparer de l'opinion dominante en disant qu'en ce qui concerne la forme de l'autorisation maritale, quand il n'y a pas de texte, il faudra appliquer les règles antérieures : concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

Nous suivrons l'avis de la majorité des auteurs en pensant que la forme de l'autorisation maritale, dans les cas où elle demeure nécessaire, dépendra en fait de la nature de l'acte pour l'accomplissement duquel la femme demande l'autorisation du mari, tout en formulant l'espoir que dans les cas où il n'y a pas de texte qui prévoit la forme de cette autorisation, on n'exigera pas de la femme une autorisation maritale conforme aux termes trop formalistes de l'art. 217 C. civ. aujourd'hui abrogé.

La deuxième question : La femme pourra-t-elle s'adresser à la justice malgré l'abrogation des art. 218 et suivants du Code civil ?

Dans le silence des textes et des travaux préparatoires de la loi de 1938, adressons-nous d'abord à la doctrine puis ensuite à la jurisprudence ;

M. Nast (6) semble faire une distinction : en cas de refus du mari, la femme peut sans aucun doute se faire habiliter par la justice. Il fonde son argumentation sur le maintien des art. 1449, 1536, 1556 et 1576 C. civ., qui permettent à la femme de se faire autoriser par le juge en cas de refus du mari, et des art. 861 à 864 C. pro. civ. réglant la procédure permettant d'obtenir cette autorisation ; si le mari est absent ou interdit, il croit que la femme aura cette possibilité, puisque les art. 863 et 864 C. civ. qui prévoient ces hypothèses sont toujours en vigueur. Dans les cas où le

---

(5) D. H., op. cit., p. 21.

(6) Op. cit., p. 11.

mari aura été condamné à une peine criminelle ou pour abandon de famille, la femme ne pourra s'adresser à la justice car aucun texte ne l'oblige à solliciter l'autorisation de justice et aussi parce que les art. 221 et 222 C. civ., qui les prévoyaient, ont été abrogés.

M. Voirin (7) avait aussi, dès 1934, souligné cette conséquence du projet qui devait donner naissance à la loi de 1938 en supprimant toutes les dispositions qui réglementent l'autorisation de justice et du mari. Il estimait qu'il faudrait considérer comme tacitement maintenus les art. 218 et suivants C. civ., puisque les art. 861 à 864 C. pro. civ. subsistent. M. Ancel (8) se range à l'avis de ceux qui croient que l'autorisation de justice, qui n'est pas sans objet, bien au contraire, subsistera malgré l'abrogation des art. 218 et suivants C. civ., mais, à son avis, seulement à titre exceptionnel, que dans la mesure même où l'autorisation maritale survivra également et si un texte la prévoit. La procédure de cette autorisation sera régie par les art. 861 à 864 C. pro. civ. qui n'ont pas été abrogés. Précisant son opinion en étudiant la jurisprudence du tribunal de la Seine (9), il affirme à nouveau que l'autorisation de justice n'interviendra que pour corriger les restrictions légales à la capacité de la femme et non celles qui résultent du régime matrimonial adopté, en mettant à part les articles du Code civil instituant au titre du contrat de mariage une véritable incapacité, tels les art. 1449, 1538 et 1576, que cette autorisation qui relèvera la femme d'un défaut de capacité, et non d'un défaut de pouvoir, subsiste comme par le passé et qu'un tribunal ne peut, sous le prétexte de l'abrogation des art. 218 et suivants, juger qu'une femme

---

(7) D. H. 1934, chr. p. 65.

(8) Op. cit., p. 148.

(9) Note, S. 1939.2, 121.

mariée est désormais irrecevable à solliciter cette autorisation de justice.

M. Esmein (10) estime aussi que les art. 218 et suivants C. civ. doivent être considérés comme tacitement maintenus. Ils n'ont été abrogés, dit-il, que sous la restriction mentale des cas où l'autorisation de justice est encore exigée, car, pour lui, la possibilité pour la femme de recourir à l'autorisation de justice s'impose, la femme ne pouvant être livrée à l'arbitraire du mari aujourd'hui moins que jamais. M. Esmein ne pense pas pourtant que l'autorisation de justice soit nécessaire dans les cas des art. 221, 222 et 224 (condamnation à une peine criminelle, interdiction, absence ou minorité du mari).

MM. Josserand (11), Ripert (12), Julliot de la Mérandière (13) se rangent à l'opinion généralement émise : l'autorisation de justice subsiste dans certains cas exceptionnels, malgré l'abrogation des art. 218 et suivants et sa procédure restera réglée par les art. 861 à 864 C. civ.

M. Aynès (14) croit aussi que la femme mariée pourra se faire autoriser par justice à défaut d'autorisation de son mari dans les cas où il s'agit d'une formalité purement habilitante, dans les cas où les anciens art. 218 et suivants C. civ. permettaient à la justice de suppléer le défaut de l'autorisation maritale et d'elle seule. C'est ainsi que cet auteur croit qu'en cas de refus du mari d'autoriser sa femme à faire du commerce (art. 4 C. com.), la femme pourra s'adresser à la justice aux fins d'habilitation mais, quand le mari aura perdu sa qualité de « chef de famille »,

---

(10) G. P., op. cit., p. 38.

(11) Op. cit., p. 11.

(12) Planiol et Ripert, op. cit. appendice 1938, t. 1, n° 949.

(13) D. H., op. cit., p. 21.

(14) Op. cit., p. 143.

elle n'aura pas besoin de cette autorisation de justice. Evidemment, même quand elle obtiendra cette formalité habilitante, elle n'engagera pas la communauté dont le mari reste le chef. Cet auteur ajoute qu'en cas de minorité du mari, l'abrogation de l'art. 224 C. civ. permet d'affirmer que la femme n'aura jamais plus besoin de l'autorisation de justice, puisque toute idée d'incapacité, de protection a été effacée par la loi de 1938. M. Aynès étudie ensuite le fonctionnement de cette autorisation de justice. Il se range à l'avis de ceux qui considèrent les art. 218 à 224 C. civ. comme tacitement maintenus dans les cas où l'autorisation de justice est encore nécessaire, puisque d'ailleurs les art. 861 à 864 C. pro. civ. n'ont pas été touchés. La procédure sera à peu près la même en cas de refus du mari et quand le mari sera dans l'impossibilité de le faire (interdiction, absence, condamnation à une peine criminelle ou abandon de famille du mari). M. Aynès conclut en disant que le législateur de 1938 n'aurait pas dû abroger les articles du Code civil réglementant l'autorisation de justice, puisque cette autorisation sera exigée par lui dans de nombreux cas.

Il y a donc unanimité dans la doctrine pour critiquer cette abrogation inopportune des art. 218 et suivants C. civ. et pour affirmer que malgré cette abrogation, l'autorisation de justice subsistera et que la procédure sera réglée par les art. 861 et suivants C. pro. civ. Il y a par contre un désaccord entre les auteurs sur le domaine qui sera réservé à cette autorisation de justice. Nous essaierons de dégager les règles que nous croyons devoir suivre après l'étude de la jurisprudence sur cette importante question dans l'application pratique de la loi de 1938.

Les tribunaux ont été amenés aussi à prendre parti, à dire si, en cas de refus du mari, la femme pouvait ou non

s'adresser à la justice, malgré l'abrogation par la loi de 1938 des art. 218 et suivants C. civ. La plupart des tribunaux saisis de cette question ont suivi la doctrine dominante ; ils ont admis que le juge pourrait donner son autorisation en dépit de l'abrogation de l'art. 218 C. civ., puisque les art. 861 à 864 C. pro. civ. ne sont point abrogés.

Seul, un jugement du tribunal civil de Bordeaux du 6 juillet 1938 (15) a jugé que, la loi nouvelle ayant abrogé l'art. 218 C. civ., une femme mariée était irrecevable à solliciter de la chambre du conseil du tribunal l'autorisation qui ne lui a pas été accordée par son mari. En l'espèce, une dame Lasalle voulait demander, au refus de son mari, l'autorisation du tribunal pour contracter sur un immeuble lui appartenant un emprunt hypothécaire et pour garantir par l'inscription hypothécaire, outre le principal des sommes empruntées, le règlement des intérêts par le loyer de l'immeuble donné en gage (art. 1421 C. civ.). La plupart des commentateurs ont estimé pour les raisons déjà indiquées que le tribunal de Bordeaux avait appliqué trop strictement la loi nouvelle.

Du jugement du tribunal civil de la Seine du 13 mars 1938 (16), qui avait refusé son autorisation à une femme pour exercer une action en recouvrement contre un tiers, on ne peut tirer aucune conséquence, car, en l'espèce, la question se posait différemment. La chambre du conseil avait refusé de faire droit à cette demande d'autorisation pour des raisons de procédure, motif pris qu'elle était incompétente pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de séparation de biens, alors que cette question

---

(15) G. P., 18 octobre 1938.

(16) G. P. 1938, p. 783.

était pendante devant un tribunal précédemment saisi d'une instance en divorce.

Par contre, les jugements du tribunal de la Seine du 17 novembre 1938 (17), du 1<sup>er</sup> décembre 1938 (18) et du 12 janvier 1939 (19) admettent la recevabilité d'une demande d'autorisation de justice, tout en refusant d'y statuer pour des raisons juridiques que nous avons déjà examinées. Le jugement du tribunal civil de la Seine du 24 novembre 1938 (20) estime que la chambre du conseil conserve, malgré l'abrogation des art. 218 et suivants C. civ. par la nouvelle loi, qualité pour statuer sur une demande d'autorisation faite par la femme et autoriser en conséquence une femme séparée de biens à aliéner un immeuble propre (art. 1538 C. civ.).

Un jugement du tribunal de la Seine du 26 janvier 1939 (21) précise que, dans les cas où cette autorisation de justice au refus du mari est encore exigée, la procédure instituée en vue de l'obtenir reste régie par les art. 861 à 864 C. pro. civ.

Le tribunal civil de Versailles le 3 février 1939 (22) a aussi admis que la chambre du conseil était compétente dans certains cas exceptionnels, depuis la loi du 18 février 1938, notamment en raison de la réserve inscrite au 2<sup>e</sup> al. de l'art. 215 nouveau, pour relever la femme de ces incapacités spéciales conservées par la loi nouvelle. En l'espèce, le tribunal civil de Versailles avait reçu la femme mariée en sa demande d'autorisation, mais refusait d'y

---

(17) G. P., 5 janvier 1939.

(18) G. P., 31 janvier 1939.

(19) G. T., 28 février 1939.

(20) G. P., 23 janvier 1939.

(21) G. T., 8-9 mars 1939.

(22) G. P., 17 mai 1939.

faire droit pour des raisons de fond que nous avons déjà exposées. La même solution a été adoptée par un jugement du tribunal civil de la Seine du 11 mai 1939 (23). Il convient toutefois d'ajouter qu'un jugement du tribunal de Beauvais du 12 mai 1939 (24), dans une hypothèse où le mari était absent, a appliqué à notre avis un peu trop strictement la loi nouvelle en refusant la possibilité à la femme de s'adresser à lui pour obtenir une autorisation, sous prétexte que l'art. 222 C. civ. qui permettait à la femme de s'adresser à la justice en cas d'interdiction ou d'absence du mari était abrogé par la loi nouvelle et que l'art. 863 C. pro. civ. ne faisait que prévoir la procédure applicable au cas visé par l'ancien art. 222 C. civ.

Il ressort nettement que les tribunaux continueront à appliquer, malgré leur abrogation intempestive, les textes du Code civil sur l'autorisation de justice dans les cas où ils devront remédier à cette survivance d'incapacité qui frappe encore la femme mariée.

Sur cette jurisprudence relative à l'autorisation de justice, l'étude de M. Nast (25) est convaincante. Il souligne que les demandes formées par les femmes mariés aux fins d'autorisation ne sont pas irrecevables et qu'elles ne doivent pas être écartées par une fin de non recevoir parce que les art. 218 et suivants C. civ. ont été abrogés par la loi nouvelle ; il affirme que l'autorisation de justice subsistera mais que sa recevabilité dépendra de l'examen du fond. Les demandes peuvent être injustifiées, mais leur irrecevabilité ne pourrait résulter de la seule abrogation des art. 218 et suivants C. civ. En présence des restrictions

---

(23) G. P., 2 juillet 1939.

(24) G. P., 6 juillet 1939.

(25) Note D.P. 1939.2.72.

de l'art. 215 al. 2, cette mesure de protection sera très utile à la femme, d'autant plus que de nombreux textes au titre du contrat de mariage mentionnent encore l'autorisation de justice, que les nouveaux art. 213 et 216 en prévoient une et que les art. 861 à 864 C. pro. civ. subsistent.

S'il y a certains cas dans lesquels un doute survivra pour la recevabilité de cette action en justice (acceptation d'une tutelle dative, curatelle d'un mineur émancipé, art. 4 C. com.), il est certain, dit M. Nast, que l'autorisation judiciaire ne pourra intervenir que dans les hypothèses exceptionnelles où la femme a encore besoin de l'autorisation du mari pour passer un acte et que les tribunaux n'auront qualité pour habiliter la femme à faire un acte que s'il s'agit de relever celle-ci d'une incapacité proprement dite et non d'une absence de pouvoirs.

Une certitude : l'autorisation de justice malgré l'abrogation des art. 218 et suivants subsiste, mais quelles seront les limites du domaine de cette autorisation ? Qu'on le veuille ou non, une idée de protection de la femme subsiste encore dans la loi de 1938.

Il est incontestable qu'en conservant certains textes du Code civil dans leur rédaction ancienne, le législateur de 1938 a voulu encore, dans certains cas exceptionnels, frapper la femme d'une incapacité de protection. Aussi nous admettons, suivant ainsi l'opinion de MM. Nast et Ancel, que l'autorisation de justice ne survivra que dans les hypothèses exceptionnelles où la femme a encore besoin de l'autorisation maritale, quand elle aura pour but de relever la femme d'une incapacité proprement dite et non d'une absence de pouvoirs car, dans ce cas, le mari pourra seul apprécier s'il doit ou non autoriser sa femme. Le tribunal pourra autoriser une femme séparée de biens à aliéner un immeuble qui lui appartient, mais ne pourra

l'autoriser, si elle est commune en biens, à aliéner la pleine propriété de ses immeubles propres, ce qui porterait atteinte aux droits dont le mari reste personnellement titulaire. C'est du moins ce que décide, croyons-nous avec juste raison, le tribunal civil de la Seine.

Nous pensons aussi, en nous séparant de l'opinion émise par certains auteurs, que, dans les cas où l'autorisation du mari est nécessaire, s'il est interdit ou absent, la femme devra s'adresser au tribunal.

Plus douteuse sera la solution si le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante ou pour abandon de famille et si le mari est mineur.

Nous souhaitons que la jurisprudence nous apporte la lumière sur ces questions épineuses. En tout cas, retenons que l'autorisation de justice aura malgré tout encore un grand rôle à jouer sous l'empire de la loi de 1938.

## SECTION II. — LA SANCTION DES ACTES FAITS PAR LA FEMME SANS AUTORISATION. — LA NATURE DE L'ACTION EN NULLITÉ

Pour résoudre cette question particulièrement délicate, et sur laquelle le législateur de 1938 a gardé un silence prudent, nous sommes contraints de nous adresser seulement à la doctrine, car, à notre connaissance, aucune décision jurisprudentielle n'a été rendue sur ce point.

La loi de 1938 a en effet modifié l'art. 1125 C. civ. qui rangeait la femme mariée au nombre des incapables et lui permettait parce qu'incapable de faire annuler les actes qu'elle avait passés. Elle a aussi supprimé dans l'art. 1304 les mots suivants du 2<sup>e</sup> al. : « et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage », et a abrogé l'art. 225 C. civ. qui dressait la liste des personnes ayant qualité pour agir en nullité des actes passés sans autorisation par la femme Le

législateur de 1938 a pensé qu'il était illogique, maintenant que la femme mariée est pleinement capable, de lui maintenir le droit d'agir en nullité, puisqu'il ne peut plus y avoir de nullité pour cause d'incapacité de la femme, et de prévoir la prescription d'une action en nullité qui a disparue ainsi que la liste des personnes qui pourraient exercer cette action. Mais malheureusement, il a oublié qu'il y a encore des textes qui établissent des incapacités spéciales pour la femme mariée et des cas où les actes passés par une femme mariée peuvent être annulés pour cause d'incapacité. Il est à remarquer que cette importante question n'a pas été soulevée au cours des travaux préparatoires ; au cours des discussions du Sénat, M. Pernod (26) l'a effleurée à la séance du 19 mars 1937, en affirmant que, sur le fondement du nouvel art. 1304 C. civ., la prescription de cette action en nullité ne pouvait être que la prescription trentenaire de droit commun et M. Delattre (27) estime que la nullité des actes passés par elle sans autorisation pourra être prononcée mais que le délai de cette action ne pourra pas être de 10 ans puisqu'il faut un texte pour fixer un délai de prescription, que c'est la prescription trentenaire qui s'appliquera. Nous allons voir que la majorité des auteurs ne suivent pas l'opinion de MM. Pernod et Delattre et que leur argumentation semble convaincante.

M. Nast (28) se demande si, de la modification de l'art. 1125, on ne peut tirer la conséquence que les tiers pourront désormais attaquer en nullité l'acte passé par la femme sans autorisation, s'il s'agit en somme d'une nullité abso-

---

(26) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 362.

(27) *Doc. parl. Chambre*, 1937, n° 3331, p. 22.

(28) *Op. cit.*, p. 10.

lue, mais il estime que, malgré cette modification, il faut continuer à décider que la nullité des actes de la femme, quand celle-ci doit exceptionnellement être autorisée, est une nullité relative, susceptible d'être invoquée seulement par la femme, puisqu'il s'agit d'une nullité d'intérêt privé, destinée à protéger la femme et que la jurisprudence décide qu'il y a nullité relative toutes les fois qu'il faut protéger un intérêt d'ordre privé, qu'il en a été ainsi décidé pour la nullité de la vente de la chose d'autrui. M. Nast en tire la conclusion que, malgré l'abrogation de l'art. 225 C. civ., les tiers et les co-contractants de la femme ne pourront pas se prévaloir de cette nullité, que ce droit, comme par le passé, n'appartiendra qu'à elle et à ses héritiers.

En ce qui concerne le droit d'agir en nullité du mari et de ses héritiers, M. Nast distingue ; s'il s'agit d'une incapacité édictée à la fois dans l'intérêt de la femme mais également dans celui du mari, pris en sa qualité de « chef de famille », le mari pourra agir en nullité, mais il ne le pourra pas s'il s'agit d'une incapacité établie dans le seul intérêt de la femme. M. Nast refuse dans tous les cas aux héritiers du mari de se prévaloir de la nullité des actes passés par la femme, puisqu'ils n'ont aucun intérêt.

En ce qui concerne la durée de cette action en nullité, M. Nast estime qu'elle est de dix ans, puisqu'il s'agit d'une action en nullité relative, et ce, aux termes de l'al. 1 de l'art. 1304 C. civ. qui a une portée générale. Sur ce point de départ de la prescription, il est d'avis que cette prescription commencera à courir, non plus de la dissolution du mariage, mais du jour où l'acte a été passé, puisque la femme peut librement ester en justice sans attendre la dissolution du mariage.

M. Julliot de la Morandière (29) se prononce aussi pour une nullité relative puisqu'il s'agit de protéger un intérêt privé : celui de la femme.

Si, pour M. Ancel (30), il n'est pas douteux que la sanction des actes irrégulièrement faits par la femme est une nullité de l'acte accompli par elle au-delà des pouvoirs qui lui sont accordés, cet auteur se demande quelle sera la nature de cette nullité, comment pourra-t-elle être demandée et qui pourra s'en prévaloir ? M. Ancel ne veut pas tirer de l'abrogation de l'art. 225 C. civ. et de la modification des art. 1304 et 1312 C. civ. la conséquence que cette action sera désormais une nullité absolue. Pour lui, nous serons en présence d'une nullité relative, de la même nature que toutes celles qui peuvent être encourues pour défaut de capacité, puisque, dans certains cas tout à fait exceptionnels, la femme mariée demeurera incapable et cette action en nullité se prescrira par dix ans.

M. Savatier (31) décide aussi que la nullité pour incapacité est après la loi de 1938 de même nature qu'avant et qu'il faut continuer à appliquer comme par le passé les règles anciennes, malgré l'abrogation des art. 225, 1304 et 1312 C. civ. Il estime, comme M. Nast, que, dans certains cas, le mari pourra intenter aussi cette action en nullité, quand l'acte accompli par la femme lui sera inopposable en vertu du régime matrimonial et quand, aux termes de l'art. 216 al. 4 en cas d'opposition valable, il demandera la nullité des engagements professionnels contractés par la femme. Pour M. Savatier, cette action en nullité se prescrira par 10 ans.

---

(29) D. H., op. cit., p. 27, note 1.

(30) Op. cit., p. 149 et 150.

(31) Op. cit., p. 69.

M. Esmein (32) reprend pour les art. 225, 1304 et 1312 C. civ. la formule abrogation avec restriction mentale, qu'il avait employé quand il étudiait l'autorisation de justice. Dans les cas où l'action en nullité pour incapacité jouera, il faudra considérer ces trois articles comme tacitement maintenus et les appliquer comme par le passé.

M. Aynès (33) étudie aussi le caractère et le régime de la nullité, sanction du défaut d'autorisation. Il décide que la nullité pour incapacité est de même nature après la loi de 1938 qu'avant, puisque la loi nouvelle laisse subsister des cas d'incapacité proprement dite et que toute idée de protection de la femme n'est pas complètement exclue de notre législation par la réforme de 1938, qu'il faudra continuer à appliquer les règles anciennes malgré l'abrogation malencontreuse des art. 225, 1304 et 1312 C. civ., que cette action en nullité appartiendra à la femme et à ses héritiers et, dans certains cas, au mari. Pour M. Aynès, la prescription sera de 10 ans et elle courra du jour de la dissolution du mariage pour la femme, du jour de l'acte pour le mari. Il n'y a que sur le point de départ de la prescription de cette action vis à vis de la femme que nous nous séparons de M. Aynès.

Une seule voix discordante dans la doctrine, c'est celle de M. Voirin (34). « Il faut rechercher, dit-il, les règles applicables dans les textes abrogés, mais en tenant compte du changement de point de vue ; l'incapacité dans la mesure où elle subsiste est dépouillée de toute idée de protection de la femme ; seule la protection de la primauté reconnue au mari, chef de la famille, est en jeu. Par suite, il

---

(32) G. P., op. cit., p. 38.

(33) Op. cit., p. 153.

(34) R.T.D.C. 1938, p. 347.

est rationnel de décider que seul le mari est admis à invoquer la nullité, que la confirmation par le mari couvre la nullité, que la prescription de l'action en nullité court du jour de l'acte annulable. »

Nous écartons l'opinion de M. Voirin, car nous estimons que le législateur de 1938 n'a pas complètement banni de notre droit la vieille idée de protection de la femme mariée, que les incapacités qui subsistent n'ont pas d'autre but. Le mari pourra agir dans certains cas en nullité pour faire respecter sa qualité de « chef de famille », mais la femme pourra aussi intenter cette action qui ne peut être qu'une action en nullité relative puisque destinée à protéger un intérêt d'ordre privé. Pour ces raisons, cette action se prescrira par 10 ans et cette prescription courra à partir du jour de l'acte vis à vis du mari comme vis à vis de la femme, puisqu'elle peut désormais, sans attendre la dissolution du mariage, ester en justice.

C'est l'application comme par le passé des art. 225, 1304 et 1312 C .civ. inopportunément abrogés, avec quelques adaptations de détail aux principes nouveaux.



## CHAPITRE IV

### **La contribution des époux aux charges du ménage**

A l'ancien art. 214 qui établissait pour les époux l'obligation de cohabitation et pour le mari l'obligation d'entretenir sa femme, a succédé un nouvel article dont les deux premiers paragraphes sont ainsi conçus : « Le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, selon ses facultés et son état. Sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux de l'éducation des enfants communs, sauf dans les cas prévus aux art. 1537 et 1575 où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles. »

Les autres paragraphes sont réservés à la sanction de ce devoir de contribution aux charges du ménage : la saisie-arrêt. Ce nouvel art. 214 institue donc une contribution aux charges du ménage tant de la part de la femme que de la part du mari et sanctionne ce devoir d'une façon effective.

Ce nouvel art. 214 n'a subi presque aucune discussion devant les Chambres. Il figurait dans le projet gouvernemental de 1932. A la séance du Sénat du 8 décembre 1936

(1), M. Fourcade proposait des modifications de forme de cet article qui étaient adoptées par la Commission de législation. Entre autres, au membre de phrase « sur les biens dont elle dispose légalement », M. Fourcade préférait la rédaction : « Sur les biens dont elle a l'administration ». De même, à la séance du Sénat du 19 mars 1937 (2), était ajoutée à la fin de l'al. 2 de l'art. 214, cette disposition « sauf dans les cas prévus aux art. 1537 et 1575 où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles ». Il était utile en effet de réserver l'application de ces art. 1537 et 1575 fixant les contributions aux charges du ménage de la femme séparée de biens et de la femme dotale, puisque la loi de 1938 ne devait pas toucher aux règles concernant les régimes matrimoniaux (3). Il convient toutefois de remarquer que, si cette solution est logique en un sens, elle crée toutefois deux situations qui, selon l'opinion de M. Delattre (4), s'opposent fâcheusement » : celle créée par le nouveau texte et celle maintenue par les art. 1537 et 1575, qui réduisent au tiers de ses revenus la contribution de la femme, ce qui entraîne un manque d'harmonie. .

Dans une première section, nous étudierons cette contribution du mari et de la femme aux charges du ménage, dans une 2<sup>e</sup> section, la procédure de saisie-arrêt, sanction de ce devoir de contribution, et enfin la répercussion de la nouvelle loi sur la théorie du mandat domestique de la femme mariée.

---

(1) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1936, p. 1.563.

(2) *J. O. Déb. parl. Sénat* 1937, p. 1.355.

(3) Nast, *op. cit.* p. 5.

(4) *J. O. Déb. parl. Chambre* 1937, n° 3.331, p. 8. Ancel, *op. cit.*, p. 88 et 95.

SECTION I. — LA CONTRIBUTION DES DEUX ÉPOUX  
AUX CHARGES DU MÉNAGE

§ 1. — *La contribution du mari*

Comme avant la loi nouvelle, le mari, aux termes de cet art. 214, est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état.

M. Nast (5) signale qu'il n'y a aucun changement, si ce n'est que cette obligation n'est plus corrélatrice du devoir pour la femme d'habiter chez son mari. Dans certains cas, par exemple, lorsque la femme sera autorisée à résider séparément, le mari sera toujours tenu de l'entretenir.

§ 2. — *La contribution de la femme*

Si l'art. 203 obligeait les deux époux à nourrir, entretenir et élever leurs enfants et si l'art. 213 instituait l'obligation de secours et d'assistance réciproque, aucun texte de portée générale dans le Code civil n'obligeait, avant 1938, la femme à cette contribution. Cela provenait du fait que le régime de la communauté était le plus répandu en France et que, sous ce régime, le mari disposant de tous les revenus, la femme ne pouvait être tenue d'une telle contribution (6).

Il en était de même sous le régime dotal pur où le mari est administrateur et usufruitier des biens dotaux et sous le régime sans communauté, où l'art. 1530 stipulait expressément que ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du ménage.

(5) Op. cit. p. 4.

(6) Nast, op. cit. p. 4. Ancel, op. cit. p. 97. Grinberg et Simon, op. cit. p. 54.

Mais dans les régimes où la femme a à sa disposition tout ou partie de ses biens personnels, le Code civil lui imposait ce devoir de contribution. C'est alors une obligation réciproque si le mari et la femme ont tous deux des revenus.

Sous le régime de la séparation de biens, l'art. 1448 stipulait que la femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer personnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux de l'éducation des enfants communs et qu'elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari. L'art. 1537, pour le régime de la séparation de biens conventionnelle, précisait que chacun des époux doit contribuer aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat et, s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.

De même sous le régime dotal sans dotalité effective, quand tous les biens de la femme sont paraphernaux, l'art. 1575 prescrit que, s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.

Elle sera aussi tenue d'y contribuer aux termes de l'art. 1549 al. 3 sous le régime dotal, quand il a été convenu par contrat de mariage que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels.

Il en sera de même lorsqu'elle se réserve par contrat, sous un régime quelconque, la jouissance de certains biens ou que certains biens lui ont été donnés ou légués sous la condition qu'elle en aurait la jouissance exclusive et

aussi quand le mari est, par impécuniosité, dans l'impossibilité absolue de subvenir à ces charges (7).

Enfin, depuis la loi du 13 juillet 1907, elle devait, avec ses salaires et autres produits de son travail, contribuer à l'entretien du ménage. L'art. 3 ne permettait la saisie de ces biens que par les créanciers qui ont contracté avec l'un ou avec l'autre des époux dans l'intérêt du ménage et l'art. 7 organisait cette procédure excessivement rapide et commode de la saisie-arrêt sur les salaires et produits du travail de l'époux qui ne remplit pas son obligation. C'était en pratique la partie la plus importante de la loi de 1907, surtout la plus efficace et la plus utile. Nous voyons que la contribution des époux aux charges du ménage était l'objet de nombreux textes du Code civil, que, si tous les revenus sont entre les mains du mari, c'est lui qui doit régler les dépenses communes ; si la femme détient ces revenus, c'est à elle qu'incombe cette obligation. Il était rare, avant 1938, de voir un mari payer seul et entièrement toutes ces dépenses, si bien que le principe nouveau qui affirme dans un texte de portée générale, l'art. 214, l'obligation pour la femme de contribuer aux charges du ménage, n'est pas une nouveauté.

Il convient néanmoins de féliciter le législateur de 1938 d'avoir rattaché cette obligation de la femme au mariage lui-même, d'en avoir fait un de ses effets légaux, quel que soit le régime matrimonial adopté. Toutes ces exceptions anciennes à l'ancien art. 214 sont englobées dans le nouvel art. 214, sauf celles des art. 1537 et 1575.

MM. Esmein (8), Bonnet (9) et Voirin (10) apprécient

---

(7) Cass. Civ. 2 juillet 1851. S/1/509.

(8) *Sem. Jur.*, op. cit. n° 4.

(9) Op. cit. 2<sup>e</sup> partie, chap. 4.

(10) R.T.D.C. 1938, p. 341.

cette réforme qui à leurs yeux est importante, puisque désormais cette obligation devient réciproque et qu'elle sera sanctionnée efficacement, car, nous le verrons plus loin, la nouvelle saisie-arrêt de l'art. 214 portera non seulement sur les salaires et produits du travail de l'époux récalcitrant, mais encore sur ses revenus, comme l'avait proposé devant le Sénat M. Fourcade. Pour M. Savatier (11), en fait cette contribution de la femme ne sera effective que si elle a la jouissance de certains biens ou si les revenus du mari sont insuffisants.

On doit même aller plus loin et dire que, si les deux époux ont tous deux des revenus, on doit établir une règle de contribution proportionnelle et, si l'un d'eux seulement en a, celui-ci est tenu alors à une contribution totale ; en ce qui concerne l'étendue de ce devoir de contribution, il est bien entendu que cette contribution s'applique aussi bien aux dépenses destinées à l'entretien des époux (art. 212) qu'à celles destinées à la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants communs. D'ailleurs, le texte lui-même dit qu'elle doit contribuer aux frais du ménage et à ceux d'éducation des enfants communs.

M. Nast (12) croit que, par « frais du ménage », on doit entendre les charges du ménage ou du mariage et que ces charges comprennent « les dépenses de nourriture, de logement, d'habillement, de maladie des époux et des enfants nés du mariage, les gages des domestiques et leur nourriture, les frais de voyage et de villégiature, l'impôt général sur le revenu, la contribution personnelle mobilière », mais qu'en sont exclues les dépenses d'entretien des enfants nés d'un précédent lit et les dépenses profes-

---

(11) Op. cit. p. 74 et 75.

(12) Op. cit. p. 5.

sionnelles du mari (13). M. Savatier (14) emploie aussi le mot « les dépenses du ménage ».

Quant au quantum de cette contribution, sous réserve de l'application éventuelle des art. 1537 et 1575 C. civ., cette contribution de la femme sera proportionnelle, aux termes de l'art. 214, à ses facultés et à celles de son mari. Si le mari n'a rien, c'est elle qui doit pourvoir à tous ces frais, et, si tous deux ont des revenus et qu'ils ne s'entendent pas pour fixer leur part de contribution, ce sera à la justice à la déterminer (15). Enfin, le texte de l'art. 214 précise que la femme ne devra cette contribution que sur les biens dont elle a l'administration. M. Nast (15) estime qu'il serait plus exact de dire : sur les biens dont elle a la jouissance, que cela dépendra en fait du régime matrimonial adopté, sauf pour les biens réservés et les produits du travail, quel que soit le régime. Par contre, elle ne devra pas cette contribution sur les biens dont le mari a la jouissance, car cette jouissance représente sa part contributive dans les dépenses du ménage ; cela dépendra d'ailleurs du contrat de mariage fait par les deux époux.

M. Ancel (16), en analysant cette disposition, signale que M. Fourcade avait précisé que la femme sera tenue à cette contribution si elle touche les revenus de ses biens, que ceci ne peut viser les cas prévus par les art. 1537 et 1576, spécialement réservés par l'art. 214, que cette disposition a pour objet, outre les biens réservés, les revenus exclus de la communauté par une stipulation expresse ou les dons faits à la femme en spécifiant qu'ils seraient soumis à la jouissance exclusive de la femme. M. Ancel con-

---

(13) T.C. Seine, 7 déc. 1937 ; D.P. 1938/2/105.

(14) Op. cit. p. 75.

(15) Nast, op. cit. p. 5.

(16) Ancel, p. 100 et 101.

clut en disant que l'application pratique de ce texte sera assez étroite et qu'il eût été préférable de ne pas réserver l'application des art. 1537 et 1576 pour envisager cette contribution d'un point de vue général ; son opinion, plus poussée peut-être, rejoint celle de M. Nast.

Telle est la nouvelle contribution des époux aux charges du ménage. Voyons quelle sera la sanction au cas où cas où l'un des époux ne se conformerait pas aux dispositions de l'art. 214, al. 1 et 2.

## SECTION II. — LA SANCTION DE CE DEVOIR DE CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MÉNAGE

Avant la loi nouvelle, il y avait des sanctions. Si l'un des époux refusait d'exécuter son obligation, l'autre époux pouvait ne plus exécuter son devoir de cohabitation et faire condamner son conjoint au paiement d'une pension alimentaire. En cas de non-paiement, il pouvait recourir aux voies d'exécution ordinaires et intenter une poursuite en abandon de famille. Mais pour cela, il fallait recourir à une instance judiciaire. Fort heureusement, les art. 7 et 10 de la loi du 13 juillet 1907 établissaient une procédure rapide et simplifiée de saisie-arrêt devant le juge de paix, mais il fallait que l'époux défaillant ait une profession lucrative, car la saisie-arrêt ne pouvait porter que sur les salaires et produits du travail (17).

La loi nouvelle a généralisé cette procédure en transposant dans l'art. 214, avec quelques modifications de forme et de fond, les dispositions des art. 7 à 10 de la loi de 1907, que l'art. 2 de la loi de 1938 a abrogés. C'est, dit M. Ancel (18) une consolidation des textes existants.

---

(17) Nast, *op. cit.* p. 15.

(18) *Op. cit.* p. 100.

Cette procédure pourra être suivie, que la profession du mari soit ou non lucrative, et la saisie-arrêt portera non seulement sur les produits du travail, mais aussi sur tous les revenus de l'époux défaillant, en vertu de la rédaction du nouvel art. 214, al. 3. La différence est d'importance et a été signalée par presque tous les auteurs. M. Savatier croit même que cette saisie-arrêt pourra porter sur les créances, dividendes et arrérages de valeurs mobilières appartenant à l'époux récalcitrant.

M. Ancel (18) approuve cette modification qui avait été également admise par la Société d'études législatives (19), mais il craint qu'il y ait une difficulté sous le régime de la séparation de biens. Si la femme séparée de biens ne subvient pas aux charges du ménage dans la mesure fixée par l'art. 1537, le mari pourra saisir-arrêter une partie de ses revenus pour une part proportionnée à ses besoins, sans toutefois dépasser la part contributive imposée à la femme par l'adoption de ce régime conventionnel.

La formule de l'art. 214, al. 3 n'est plus exacte. Elle l'aurait été si l'on avait fait, dit-il, un texte de portée générale, sans réserver l'application des art. 1537 et 1576, comme l'avait fait la Société d'études législatives. Il est évident d'ailleurs, que, quoique l'al. 2 réserve l'application de ces articles, en vertu de l'al. 3, la procédure de saisie-arrêt s'appliquera à la femme séparée de biens ou dotale qui ne remplit pas son obligation suivant la part contributive qui lui est fixée par ces articles.

Donc, si l'un des époux ne remplit pas son obligation, l'autre se rendra au Greffe de la justice de paix du canton où est fixé le domicile conjugal. Les époux seront appelés devant le juge de paix par une lettre recommandée du

---

(19) B.S.E.L. 1935, p. 94.

greffier indiquant la nature de la demande. Ils comparaitront en personne et exposeront leur situation respective. Le juge de paix, s'il autorise cette saisie-arrêt, fixera le quantum de la somme saisie en tenant compte des besoins de l'époux demandeur et du train de vie du ménage ainsi que la limite de l'obligation de l'époux saisi, puisque l'étendue de cette obligation n'est pas la même pour les deux époux et variera suivant les cas. Le juge de paix aura donc un large pouvoir d'appréciation ; il faudra qu'il examine si, en fait, l'époux récalcitrant pourra payer et si ses ressources sont suffisantes. Le juge de paix pourra, puisque le texte de l'art. 214 lui donne ce droit, refuser d'autoriser la saisie-arrêt et condamner l'époux débiteur au versement d'une pension alimentaire, si l'on en croit l'art. 1 de la loi du 7 février 1924, qui, applicable sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907, doit l'être aussi sous l'empire de la loi du 18 février 1938 (20). Si l'époux refuse encore de s'acquitter de la dite pension, il pourra alors autoriser la saisie-arrêt. Si le juge l'accorde, le jugement sera signifié par l'époux qui l'aura obtenu à son conjoint et à son employeur. Ce dernier sera tenu de remettre directement à l'époux saisissant les dites sommes et ne pourra valablement se libérer en les payant à son subordonné, car la signification dudit jugement vaut par elle-même attribution des sommes saisies.

Comme cette procédure est urgente, les jugements ainsi rendus seront exécutoires par provision nonobstant opposition ou appel. Enfin, si postérieurement au jugement un changement intervient dans les situations respectives des époux, si, par exemple, le mari gagne moins ou s'il gagne

---

(20) Aynès, *op. cit.* p. 104.

d'avantage, une nouvelle décision pourra toujours être provoquée à la demande de l'un ou de l'autre époux.

Cette procédure simple, rapide et efficace sera surtout utile pour les femmes que leur mari laisse sans argent, lorsqu'une instance en divorce ou en séparation de corps n'est pas en cours.

Une décision appliquant les nouvelles dispositions de l'art. 214 a déjà été citée dans les recueils de jurisprudence. Un jugement du tribunal de paix de Marly-le-Roy (21), affirme que le juge de paix est compétent pour statuer sur la demande de pension alimentaire formulée par la femme pendant le mariage, ceci aux termes de l'art. 214 nouveau.

En l'espèce, le mari débouté d'une demande en divorce ne sera plus obligé de verser la pension alimentaire fixée en conciliation, mais il devra fournir, puisque le lien du mariage est demeuré intact entre les époux, tout ce qui est nécessaire à sa femme pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état, obligation qui se traduira désormais par le paiement d'une pension alimentaire fixée par le juge de paix.

Signalons que, comme par le passé, si c'est le juge de paix qui a fixé la pension que le mari devra verser à la femme, même si le magistrat conciliateur n'accorde aucune pension alimentaire, c'est le jugement du juge de paix qui conservera toute sa valeur jusqu'au jour où le Tribunal prendra une décision définitive et, si l'époux ne paie pas cette pension, il se rend coupable du délit d'abandon de famille, d'autant plus que, dit un arrêt de la Cour d'appel de Nancy (22), l'art. 214 nouveau a incorporé la teneur des art. 7 et suivants de la loi du 13 juillet 1907.

(21) 27 mai 1938 ; G.P. 13 octobre 1938.

(22) Nancy, 9 mars 1939 ; G.P. 1939, p. 782.

SECTION III. — LA LOI NOUVELLE ET LE MANDAT DOMESTIQUE  
DE LA FEMME MARIÉE

Si nous savons que, grâce à cette théorie purement jurisprudentielle, la femme mariée pouvait, sans autorisation maritale, subvenir aux charges du ménage en engageant les biens communs et les biens propres du mari, nous devons voir maintenant ce qu'il en est puisqu'elle est devenue capable, mais sans pouvoirs pour engager la communauté et le mari sans l'autorisation de ce dernier. Disons tout de suite que la loi nouvelle n'apporte presque aucune modification à la théorie du mandat domestique de la femme mariée.

En effet, si la femme est devenue capable d'agir sans autorisation, il n'est plus utile de faire intervenir cette idée de mandat tacite pour lui permettre de faire librement toutes opérations juridiques dans l'intérêt du ménage. Cette théorie est donc inutile dans la mesure où elle a pour but de justifier la validité des actes ménagers de la femme mariée, de les soustraire aux effets de son incapacité en lui donnant une capacité d'emprunt qui est celle du mandataire (23).

Mais il reste le deuxième but de cette théorie : si, dans certains cas, la femme était personnellement obligée par ces dettes ménagères, en principe cette théorie avait pour utilité d'obliger la communauté et le mari à payer les dettes contractées par la femme. Il en est toujours ainsi sous l'empire de la loi nouvelle ; le mari restera obligé par les dettes domestiques faites par la femme, car la femme désormais capable reste sans pouvoirs pour engager le mari et la communauté. Il en est ainsi puisque la réforme des rapports pécuniaires entre époux a été expres-

---

(23) Aynès, *op. cit.* p. 114 ; Nast, *op. cit.* p. 5.

sément réservée et aussi parce que cette théorie est basée sur l'obligation d'entretien à la charge du mari (art. 214, al. 1 et art. 203) (24).

Quant au contenu de ce mandat, aux actes qui y rentreront, la loi nouvelle n'exerce aucune influence. De même, c'est par les règles précédemment admises que l'on devra désormais résoudre la question de savoir si la femme est personnellement obligée dans certains cas par les dépenses ménagères qu'elle contracte elle-même. Comme par le passé, on fera alors appel à la théorie de l'enrichissement sans cause et même on peut aller plus loin, en disant que, depuis la loi nouvelle, rien n'empêche la femme de s'engager personnellement, ce qu'elle peut faire sans autorisation. Elle ne pourra alors engager que la nue-propriété de ses propres, mais les règles du mandat tacite s'appliquant, le créancier aura aussi une action sur les biens communs et les biens du mari (25).

Depuis la loi nouvelle, la femme pourra engager, outre ses biens réservés, ses biens propres, réserve faite sous la communauté du droit d'usufruit du mari. Le gage des créanciers sera ainsi augmenté de la nue-propriété des biens propres de la femme. Mais il faudra pour cela qu'ils obtiennent l'engagement personnel de la femme qu'elle est désormais capable de leur donner et que la femme déclare les engager expressément, ainsi que ses biens réservés.

M. Nast (26) regrette que le législateur de 1938 n'ait pas, comme les législateurs allemand et suisse, profité de cette loi proclamant la capacité de la femme pour

---

(24) Aynès, op. cit. p. 114 ; Nast, op. cit. p. 5.

(25) Aynès, op. cit. p. 118 et 119.

(26) Op. cit. p. 5.

conférer à la femme un pouvoir propre, un pouvoir légal ménager, qui serait un des effets du mariage lui-même, mais il admet, comme M. Ancel (27) et M. Savatier (28), qu'il serait plus logique de codifier cette importante question de la contribution des époux aux charges du ménage avec la réforme des régimes matrimoniaux, car il s'agit là de rapports pécuniaires.

Signalons en terminant qu'une étude de M. Vialleton (29), ayant pour objet l'incidence de la loi nouvelle sur la théorie du mandat domestique de la femme mariée, arrive à la conclusion qui est aussi la nôtre que les textes nouveaux ne modifieront rien en ce qui concerne le mandat domestique, son fonctionnement et ses limites, que, même en cas de séparation de fait, le mari est toujours tenu de son devoir d'entretien et des dépenses du ménage. Pour lui, il n'y a qu'une seule exception : le maintien d'une action « de in rem verso » contre la femme si, à la suite de dépenses engagées par elle sans mandat, ni autorisation du mari, son patrimoine s'est enrichi.

D'ailleurs, M. Vialleton croit que, sous l'empire de la nouvelle capacité de la femme, en dehors des réserves dues au régime matrimonial adopté, l'action « de in rem verso » perdra toute son utilité dans la mesure où elle était appelée à corriger l'incapacité traditionnelle, puisqu'elle était désormais primée par une action contractuelle plus favorable pour les tiers, quoiqu'il craigne que la pratique conserve cette autorisation maritale, car deux signatures valent mieux qu'une, surtout à cause des nom-

(27) Op. cit. p. 104.

(28) Op. cit. p. 76.

(29) Note sous-Cass, 30 nov. 1937 ; S. 1938/1/177.

breuses exceptions que le régime matrimonial adopté apportera à cette capacité ; à son avis, c'est dans les hypothèses de séparation de fait où le mariage est à demi brisé et où la femme aura une indépendance visible, que la loi nouvelle sera d'une application pratique plus facile.

---



## CONCLUSION

---

Le moment est venu de porter un jugement d'ensemble sur la loi du 18 février 1938.

Nous sommes en présence d'une foi fortement teintée d'individualisme. M. Bonnecase (1) n'avait pas complètement tort en proclamant sa « portée révolutionnaire », parce qu'« elle vient détruire, qu'on le veuille ou non, toute la tradition civiliste en matière du droit de famille, tout au moins telle que l'avait établie le Code civil », et aussi parce qu'« en réalité la puissance maritale a fait place à une conception étatique, se traduisant par l'intervention constante de la justice ».

La loi de 1938 a supprimé la puissance maritale. Si cette suppression du mot « obéissance » dans l'art. 213 C. civ. a été bien accueillie par les féministes, il est certain qu'il y a là, comme dit M. Savatier (2), « une réforme qui n'a qu'une valeur spectaculaire » et M. Esmein (3) « une réforme purement sentimentale », étant donné que la puissance maritale, si l'on en croit M. Nast (4), n'avait

---

(1) Op. cit. p. 46.

(2) Op. cit. p. 51.

(3) G.P. op. cit. p. 38.

(4) Op. cit. p. 12.

dans les mœurs actuelles qu'une valeur morale et aussi que la loi est impuissante à vouloir réglementer les rapports d'ordre personnel entre époux.

Mais sur ce point, l'avantage de la loi de 1938 a été de mettre le droit en accord avec les faits, en abolissant une puissance maritale qui n'avait jamais existé que dans les ménages destinés à être dissous par le divorce. Ce qui fait dire à M. Ancel (5) que l'importance morale et sociologique de la loi dépasse sans doute son importance juridique. En supprimant la puissance maritale, le législateur de 1938 a heureusement tenu compte de l'évolution sociale de nos mœurs. Certains ont regretté qu'en reconnaissant au mari la qualité de « chef de famille », la loi de 1938 « donne l'impression que l'on ait voulu abolir la puissance maritale tout en la maintenant sous un autre nom » (6).

Nous ne partageons pas cette opinion; il était utile et bienfaisant pour la famille d'avoir un chef et que ce chef, chargé de prendre les décisions qui s'imposent en cas de désaccord, devait être le mari.

En ce qui concerne la deuxième partie, suppression de l'incapacité de la femme mariée, le législateur de 1938 n'est pas allé assez loin dans la voie qui mène à la capacité complète de l'épouse française, en ne modifiant pas, sinon tout le titre V du livre III du Code civil, tout au moins certains textes inclus dans ce titre V qui sont des textes ne s'inspirant que d'une idée d'incapacité (art. 1449, 1538, 1576 C. civ.). Personnellement, nous aurions également préféré que les textes de pouvoirs, dont le maintien

---

(5) Op. cit. p. 2.

(6) Roussel, op. cit. p. 63.

pour certains n'était pas illogique, soient modifiés pour le plus grand bien du fonctionnement pratique de cette nouvelle capacité de la femme mariée.

Ces considérations ont fait dire à M. Savatier (7) que « le cadre de la capacité conquise demeure presque vide », à M. Voirin (8) que la réforme est surtout « théorique », à M. Maguet (9) que c'est « un trompe l'œil » ; M. Chauveau (10) parle d'une capacité restreinte.

En procédant de la sorte, le législateur de 1938 se condamnait à rendre difficile et incertaine pour les tribunaux l'application des principes nouveaux.

M. Esmein (11) n'a pas hésité à écrire que techniquement le résultat était mauvais, qu'il fallait s'attendre à des incertitudes et à des incohérences et à prévoir quelle gymnastique devraient se livrer les tribunaux pour appliquer la loi.

M. Nast (12) a aussi souligné « les critiques graves » dues aux nombreuses imperfections d'une loi dont la portée est plus morale que pratique, qui n'a soulevé aucune passion au Parlement qui a eu tout le loisir pour la préparer, qu'en résumé, si les réformes étaient utiles, elles ont été assez mal faites.

Nous avons, au cours de notre étude, montré et critiqué quelques-unes de ces imperfections qui nuisent à l'efficacité pratique de la réforme de 1938 auprès des praticiens et tiers appelés à contracter avec la femme et qui rendent la tâche des tribunaux plus délicate. Il faut toute-

---

(7) Op. cit. p. 51.

(8) R.T.D.C. 1938, p. 345.

(9) Op. cit. p. 369.

(10) Op. cit. 1938.

(11) Op. cit. p. 3.

(12) G.P. op. cit. p. 38.

fois reconnaître que cette lacune signalée ne sera que temporaire, la loi de 1938 n'est qu'une loi provisoire et que la jurisprudence, sur ces questions de capacité de la femme mariée, après le vote de la deuxième partie du projet de 1932, sera plus harmonieuse et plus nette dans ses décisions. Déjà, le Sénat a discuté en première lecture cette réforme concernant les régimes matrimoniaux les 6 et 13 juin 1939 (13) et a corrigé certaines des imperfections de la loi du 18 février 1938. Dans le nouveau régime de la communauté réduite aux acquêts, adopté comme régime légal, aucune distinction n'est faite entre meubles et immeubles en ce qui concerne la composition de la communauté, seules les économies étant mises en communauté.

Le régime de la communauté pure et simple devient un régime conventionnel dans lequel les pouvoirs du mari seront moins importants ; la femme pourra, dans certains cas, participer à la gestion des biens communs, notamment en cas d'absence, d'interdiction, de condamnation à une peine criminelle du mari ou quand ce dernier est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

La réforme sera aussi très avantageuse pour la femme séparée de biens, qui deviendra pleinement capable par l'abrogation de l'art. 1449 al. 2 et 3, de l'art. 1538 C. civ., ainsi que la femme dotale en ce qui concerne ses paraphernaux (abrogation de l'art. 1576 § 2). Signalons que la contribution aux charges du ménage de la femme séparée de biens et de la femme dotale sera réglée par le nouvel art. 214, à la suite de la suppression dans les art. 1537 et 1578 de la mention « jusqu'à concurrence du tiers des

---

(13) J. O. Déb. parl. Sénat, 7 juin 1939 et 14 juin 1939.

revenus », que la loi de 1907, dont les dispositions seront incorporées dans le Code, sera abrogée.

Avec ces corrections, la législation concernant l'épouse française sera plus harmonieuse et il faudra alors savoir gré au législateur de 1938 d'avoir préparé la route à une réglementation générale et définitive du statut patrimonial de la femme mariée, mais en ce qui concerne le statut personnel de la femme mariée au point de vue social, en rendant hommage à l'individualisme, la loi du 18 février 1938 heurte aujourd'hui quelques-uns des principes qui ont pour but de rendre plus homogène la famille française. Fort heureusement, la formule « le mari, chef de famille » permettra aux tribunaux de combattre ce qu'il y a d'excessif dans cette loi, tendant à faire du mariage une sorte d'union libre, et de sauvegarder les intérêts de la famille qui doit être une communauté de personnes, non d'intérêts, réunie sous la direction d'un chef qui ne peut être, si l'on en croit la tradition française, que le mari.

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

- ANCEL. — Annales de l'Institut de Droit comparé (1934, p. 145). — Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 (Sirey 1938). — La condition de la femme mariée dans la société contemporaine (travaux de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, Sirey 1938). — Note au Sirey 1939 (II, p. 121).
- AYNÈS. — La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée (thèse Lyon 1939).
- B. R. — Capacité de la femme en matière de société (Apports, gérance, conseil d'administration, société entre époux) (Semaine juridique, 1938, p. 66).
- BINET. — La femme dans le ménage (thèse Nancy 1901).
- BONNECASE. — Mariage et régimes matrimoniaux, leur réforme récente (Arthur Rousseau, 1938). — « Une ère nouvelle dans la structure de la famille » (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1938, p. 5).
- CAPITANT. — L'abolition de l'incapacité de la femme mariée (D.H. 1932, chr. p. 17).
- CHAUVEAU (Max). — Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance. Octroi à la femme d'une capacité restreinte. (Recueil des arrêts de la Cour de Rennes, 1938.)

- CHAUVEAU (Paul). — La femme commerçante et la loi de 1938 sur la capacité des femmes mariées (D. H. 1939, chr. p. 5).
- CRÉMIEU. — La loi du 18 février 1938 et la jurisprudence (Journal des avoués, 1940, p. 130).
- DALLANT. — Note (Semaine juridique, 1939, p. 1016).
- DELACHENAL. — La loi du 18 février 1938 (Gazette des Tribunaux, mars 1938).
- DE LA MASSÛE. — Influence d'une entière et juste perspective de la loi du 13 juillet 1907 et de la loi du 18 février 1938 sur le droit de donner entre vifs les biens réservés (Revue critique de législation et de jurisprudence, mai 1939).
- DEPRÉNOIS. — Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement, 1938 (p. 82 et suiv., p. 112 et suiv.).
- ESMEIN. — La loi sur la capacité de la femme mariée, 18 février 1938, (G.P. 1938, chr. p. 39, Semaine juridique, 1938, p. 55).
- FOIRET. — La capacité de la femme mariée en matière de société (Journal des notaires, 1939, p. 433).
- GRINBERG et SIMON (M<sup>es</sup>). — Les droits nouveaux de la femme mariée (Sirey 1938).
- JOSSERAND. — Cours de droit positif français (supplément au tome I, 3<sup>e</sup> édition, p. 18).
- JOLLIOT. — Capacité de la femme mariée. Modification des textes du Code civil (loi du 18 février 1938). — Recueil général des lois, décrets et arrêtés 1938 (première partie, p. 145).
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée (D.H. 1938, chr. p. 25). — Cours élémentaire de droit civil français, 3<sup>e</sup> édition (tome I mis à jour, n° 684).

- LABORDE-LACOSTE. — Le projet de loi relatif à la suppression de l'incapacité civile de la femme mariée (Semaine juridique, 1937, p. 30).
- LA ROCHEFOUCAULD (duchesse de). — Le projet René Renoult (Revue de Paris, 1937).
- LYON-CAEN. — La femme mariée allemande (thèse, Paris, 1903, p. 309).
- MAGUET. — Journal des notaires, 1938, p. 353.
- MILHAUD. — Journal des juges de paix, 1938, p. 162.
- NAST. — Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement, 1934 (articles 23.701 et 23.719). — Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage D. H. 1938, chr. p. 37.) — Commentaire de la loi du 18 février 1938 (D.P. 1939, 4<sup>e</sup> partie, p. 1). — Note au D. P. 1939.2.73.
- NIBOYET. — Bulletin de la Société de législation comparée, 1933, p. 340. — Bulletin de la Société d'études législatives, 1935, p. 46.
- NILLUS (M<sup>lle</sup>). — Capacité et pouvoirs de la femme mariée en Allemagne et en France (thèse, Paris, 1937).
- PONET LE. — Les successions échues à la femme et le droit de poursuite des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 (G.P. 1938, chr. p. 5).
- PERCEROU. — Variétés : à propos de la loi du 18 février 1938 relative à l'incapacité de la femme mariée et de ses conséquences dans le droit des affaires. Revue générale du Droit commercial, 1938, p. 232.
- RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil (tome I mis au courant le 14 octobre 1939). — Bulletin de la Société d'études législatives, 1935, p. 45.
- ROLLAND (M<sup>lle</sup>). — « La Chronique des incapables » (Journal de la Femme, 1938).

ROUAST. — Bulletin de la Société d'études législatives (1934, p. 81 ; 1935, p. 30 et p. 55). — Chronique sociale de France, 1938, p. 672.

ROUSSEL. — La capacité de la femme mariée. Le mot du praticien (G.P. 1935, chr. p. 63).

SAVATIER. — La puissance maritale (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1936, p. 206). — Commentaire de la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à l'incapacité de la femme mariée (Les lois nouvelles, 1938, 1<sup>re</sup> partie, p. 50).

VIALLETON. — Note au S. 1938, 1, 177.

VOIRIN. — La suppression de l'incapacité de la femme mariée d'après le rapport de la Commission de législation du Sénat (D.H., 1939, chr. p. 65). — Notes parlementaires de droit civil. Titre 1<sup>er</sup>. Personnes et droits de famille (Revue trimestrielle de Droit civil, 1937, p. 207 et p. 519 ; 1938, p. 341).

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Introduction</i> .....                                                                                           | 9  |
| <i>Chapitre préliminaire : Histoire législative. Méthode<br/>et Application de la loi du 18 février 1938....</i>    | 11 |
| Section I. — Les travaux préparatoires .....                                                                        | 11 |
| § 1. - La commission extraparlamentaire du<br>Ministère de la Justice .....                                         | 11 |
| § 2. - Le projet du 23 juin 1932 .....                                                                              | 13 |
| § 3. - La discussion du projet devant le Sénat..                                                                    | 16 |
| § 4. - La discussion du projet devant la Cham-<br>bre des Députés et la promulgation de la loi<br>nouvelle .....    | 23 |
| § 5. - Les décrets et circulaires postérieurs ...                                                                   | 24 |
| § 6. - Les travaux de la Société d'études légis-<br>latives .....                                                   | 25 |
| Section II. — La technique de la loi du 18 février<br>1938. Son application dans l'espace et dans<br>le temps ..... | 26 |
| § 1. - La méthode suivie par le législateur de<br>1938 .....                                                        | 26 |
| § 2. - L'application dans le temps et dans l'es-<br>pace de la loi nouvelle .....                                   | 40 |

|                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>I<sup>re</sup> Partie ; Le nouveau statut personnel de la femme mariée</i> .....                            | 45 |
| <i>Chapitre 1<sup>er</sup> : La suppression de la puissance maritale</i> .....                                 | 49 |
| Section I. — La suppression du devoir de protection pour le mari et du devoir d'obéissance pour la femme ..... | 49 |
| § 1. - Le devoir de protection .....                                                                           | 49 |
| § 2. - Le devoir d'obéissance .....                                                                            | 51 |
| Section II. — La notion nouvelle de « chef de famille » .....                                                  | 55 |
| § 1. - Le contenu de cette formule .....                                                                       | 55 |
| § 2. - La perte de la qualité de chef de famille..                                                             | 60 |
| Section III. — Les conséquences indirectes de la suppression de la puissance maritale .....                    | 63 |
| § 1. - Les répercussions de la loi nouvelle sur les règles de la puissance paternelle et de la tutelle .....   | 63 |
| § 2. - Les répercussions de la nouvelle loi sur la nationalité de la femme mariée .....                        | 67 |
| <i>Chapitre II : La résidence du ménage et de la femme</i> .....                                               | 71 |
| Section I. — La résidence du ménage et de la femme pendant le mariage .....                                    | 71 |
| § 1. - Le devoir de cohabitation des époux ....                                                                | 72 |
| § 2. - Le choix par le mari de la résidence et le recours de la femme devant le Tribunal ....                  | 75 |
| § 3. — Le domicile de la femme mariée .....                                                                    | 81 |
| Section II. — La résidence de la femme en instance de divorce ou de séparation de corps .....                  | 83 |

|                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. - Les nouvelles dispositions des art. 236<br>et 238 C. civ. ....                                               | 83  |
| § 2. - Les applications jurisprudentielles des<br>nouveaux articles 236 et 238 .....                                | 86  |
| <i>Chapitre III : L'exercice d'une profession par la<br/>femme</i> .....                                            | 89  |
| Section I. — L'histoire législative du nouvel<br>art. 216 .....                                                     | 90  |
| Section II. — L'exercice d'une profession commer-<br>ciale .....                                                    | 94  |
| Section III. — L'exercice d'une profession non<br>commerciale .....                                                 | 100 |
| § 1. - Les conditions d'exercice de ce droit<br>d'opposition .....                                                  | 101 |
| § 2. — Les formes de cette opposition et le re-<br>cours judiciaire de la femme .....                               | 108 |
| <i>Chapitre IV : La capacité nouvelle de la femme<br/>mariée</i> .....                                              | 121 |
| Section I. — Le nouvel art. 215 et la mise en har-<br>monie avec lui des autres dispositions du<br>Code civil ..... | 121 |
| Section II. — Le principe de la capacité de la<br>femme mariée .....                                                | 125 |
| Section III. — Les restrictions à l'exercice de la<br>capacité de la femme mariée .....                             | 133 |
| § 1. - Les limitations légales .....                                                                                | 133 |
| § 2. - Les restrictions résultant du régime matri-<br>monial adopté par les époux .....                             | 139 |
| <i>2<sup>e</sup> Partie : Le nouveau statut patrimonial de la<br/>femme mariée</i> .....                            | 147 |

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Chapitre I : La capacité nouvelle de la femme mariée<br/>sous les divers régimes matrimoniaux</i> .....                                | 147 |
| Section I. — La situation de la femme sous les<br>régimes communautaires .....                                                            | 147 |
| § 1. - Les droits de la femme sur les biens com-<br>muns .....                                                                            | 148 |
| § 2. — Les droits de la femme sur les biens<br>propres .....                                                                              | 153 |
| § 3. - La capacité de la femme commune en<br>matière de libéralités .....                                                                 | 163 |
| Section II. — La situation de la femme sous le<br>régime de séparation .....                                                              | 175 |
| § 1. - La situation de la femme sous le régime<br>de la séparation de biens .....                                                         | 175 |
| § 2. - La situation de la femme séparée de corps                                                                                          | 186 |
| Section III. — La situation de la femme sous le<br>régime dotal .....                                                                     | 188 |
| § 1. - Les droits de la femme sur les biens do-<br>taux .....                                                                             | 188 |
| § 2. - Les droits de la femme sur les biens para-<br>phernaux .....                                                                       | 195 |
| <i>Chapitre II : La capacité de la femme qui exerce une<br/>profession séparée</i> .....                                                  | 197 |
| Section I. — Les répercussions des principes nou-<br>veaux sur la loi de 1907 et les pouvoirs de la<br>femme sur les biens réservés ..... | 197 |
| Section II. — La capacité de la femme commer-<br>cante .....                                                                              | 205 |
| Section III. — La capacité de la femme qui exerce<br>une profession non commerciale .....                                                 | 207 |

|                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Chapitre III : Les conséquences des restrictions à la capacité de la femme</i> .....                             | 211 |
| Section I. — L'autorisation maritale et l'autorisation de justice dans les cas où elles demeurent nécessaires ..... | 211 |
| Section II. — La sanction des actes faits par la femme sans autorisation. La nature de l'action en nullité .....    | 222 |
| <i>Chapitre IV : La contribution des époux aux charges du ménage</i> .....                                          | 229 |
| Section I. — La contribution des époux aux charges du ménage .....                                                  | 231 |
| § 1. - La contribution du mari .....                                                                                | 231 |
| § 2. - La contribution de la femme .....                                                                            | 231 |
| Section II. — La sanction de ce devoir de contribution aux charges du ménage .....                                  | 236 |
| Section III. — La loi nouvelle et le mandat domestique de la femme mariée .....                                     | 240 |
| <i>Conclusion</i> .....                                                                                             | 245 |
| <i>Bibliographie</i> .....                                                                                          | 251 |

*Le Président de la Thèse,*

Aix, le 18 février 1941.

P. KAYSER.

*Vu : le Doyen,*

Aix, le 20 février 1941.

B. REYNAUD.

Vu et permis d'imprimer

Aix, le 21 février 1941,

*Le Recteur,*

E. GAU.



